

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
RÉTROACTIVITÉ DU JUGEMENT

DE
SÉPARATION DE CORPS

ET DE LA
SITUATION DES ÉPOUX

au cours de l'instance en séparation de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

le Mardi 24 Janvier 1899, à 10 heures

PAR

G.-J. RAYNAL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1899

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
RÉTROACTIVITÉ DU JUGEMENT
DE
SÉPARATION DE CORPS
ET DE LA
SITUATION DES ÉPOUX
au cours de l'instance en séparation de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 24 Janvier 1899, à 10 heures

PAR

G.-J. RAYNAL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. BOISTEL.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, } professeurs.
 SALEILLES, }*

PARIS

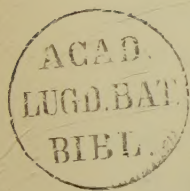
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1899



INTRODUCTION

Le Code civil a précisé avec un soin particulier la situation que crée aux époux le mariage : il a fixé les règles qui président à sa formation, délimité les droits et les obligations de chacun des époux au cours du mariage, arrêté avec soin les causes qui mettent fin à l'association conjugale.

Avec non moins de souci, depuis du moins les lois de 1884 et 1886 sur le divorce, il a déterminé les conséquences qu'entraîne la dissolution du mariage. Par la loi de 1893, il a nettement indiqué les effets de la séparation de corps. Mais il s'est moins préoccupé de définir la situation des conjoints au cours de cette période qui sert de transition entre le mariage et la séparation de corps, l'instance.

Et cependant, quoi de plus indispensable !

L'union et la concorde président en maîtresses au foyer conjugal ; la paix et le bonheur y règnent ; chacun dans sa sphère et dans ses attributions concourt à la prospérité de la famille, chacun travaille à l'augmentation du patrimoine commun. Mais qu'un nuage

vienne assombrir ce tableau, qu'une circonstance, qu'un événement parfois futile interrompe le cours de cette vie paisible, à l'affection succédera bientôt l'antipathie, et ces associés, ces collaborateurs d'hier deviendront les pires ennemis. Ceux qui tantôt ne rêvaient que des douceurs de l'intimité, n'auront plus qu'un désir, s'éloigner l'un de l'autre.

Mais le mariage a créé entre les conjoints des liens qui les rivent l'un à l'autre et qui rendent leur séparation plus pénible. Le consentement mutuel, ou à peu près, a suffi pour faire naître entre eux des devoirs et des obligations réciproques ; il va falloir recourir à l'autorité du magistrat pour restituer à chacun cette liberté qu'il convoite.

Les délais de l'instruction, parfois aussi les lenteurs, il faut bien l'avouer, des représentants et des auxiliaires de la justice retarderont l'époque de cette libération complète. L'antipathie des époux s'accroîtra et s'accroîtra de l'énervement de cette position mal définie qui leur est faite pendant l'instance, et si la délicatesse ou l'honnêteté ne viennent tempérer les emportements du cœur, chacun de ces deux adversaires n'aura plus d'autre ambition que rendre à l'autre la situation aussi mauvaise que possible, tout en améliorant la sienne.

Pour parer à ces inconvénients, le Code a prescrit certaines mesures, ébauché quelques règles, restreint ou étendu certains des droits que le mariage avait

donnés aux époux, limité partie des obligations que la vie commune leur imposait. Mais nous n'avons pas trouvé dans cette partie du Code toute la précision et la clarté que l'on doit attendre d'une œuvre législative ; les auteurs et la jurisprudence se sont à maintes reprises divisés et c'est pourquoi il nous a paru intéressant de rechercher quelle avait été la véritable pensée du législateur.

Définir la position respective des époux au cours de l'instance en séparation de corps, tel est donc le but de ce travail.

Nous avons préféré limiter cette étude à la séparation de corps et ne pas l'étendre au divorce pour ne pas nous astreindre à des distinctions qui nuiraient à sa clarté sans en augmenter sensiblement l'intérêt ; la situation des époux étant beaucoup plus délicate au cours de l'instance en séparation de corps qu'au cours de l'instance en divorce et surtout moins bien définie, notre étude trouvera facilement son application dans bien des cas relatifs au divorce. Au surplus la solution à donner reposant le plus souvent sur des dispositions législatives écrites primitivement en vue du divorce, nous nous verrons souvent obligé de traiter les mêmes questions au point de vue du divorce et de la séparation de corps.

HISTORIQUE ET LÉGISLATION

Nous ne saurions entrer dans l'étude de la question qui fait l'objet de ce travail sans rappeler le but de la séparation de corps ni sans retracer brièvement l'histoire de l'institution. Au cours de notre travail nous aurons souvent à nous reporter aux différentes phases de la législation en matière de séparation de corps ; il importe donc dès à présent de les passer rapidement en revue.

La séparation de corps, dit M. Demolombe (*Traité du mariage et de la séparation de corps*, tome II, p. 456), est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de demeurer ensemble.

A la différence du divorce elle laisse subsister l'union conjugale.

Elle crée un état mixte confinant d'une part au mariage et d'autre part au divorce, aussi la difficulté de déterminer les points de contact de cette institution hybride avec ces situations nettes et précises a-t-elle suscité contre la séparation de corps bien des objections, et c'est ce qui explique, en partie du

moins, que, depuis sa création, son existence fut à plusieurs fois compromise.

L'institution de la séparation de corps appartient à l'ancien droit français. A Rome, où le mariage n'était qu'un contrat purement civil, la loi n'admettait la dissolution de l'union conjugale que d'une façon absolue et définitive, soit par la répudiation, soit par le divorce. Sous l'inspiration de la religion catholique, qui proclame l'indissolubilité du mariage, le droit canon organisa cette séparation mixte qui laisse subsister le lien conjugal tout en permettant à chaque époux de mener une vie à part lorsque la vie commune est devenue intolérable ; ce fut la séparation d'habitation. Le divorce était alors proscrit. Par une réaction, conforme à tous les actes de la Révolution, la loi des 20-25 septembre 1892 proscrivit la séparation de corps et introduisit dans nos lois le divorce. Le Code civil à son tour recueillit dans ses articles ces deux institutions, mais leur existence parallèle ne dura que peu de temps : en 1816 le divorce fut aboli et la séparation de corps subsista seule. Ce n'est que le 27 juillet 1884 que le divorce, sur la proposition de M. Naquet, fut rétabli et que l'on revint au système du Code civil. Depuis, les lois des 18 avril 1886 et 6 février 1893 sont venus modifier soit la procédure, soit les effets de la séparation de corps.

Ce n'est qu'à regret que les législateurs entr'ouvri-

rent, en 1806, les feuillets du Code civil pour y laisser pénétrer la séparation de corps. Le projet du Code Napoléon ne contenait aucune disposition relative à cette institution et ce n'est qu'après de nombreuses discussions et pour donner satisfaction aux consciences des catholiques, qu'on y inséra les sept articles, 306 à 314, qui régissent la matière. En présence de cette parcimonieuse législation, les jurisconsultes durent faire de nombreux emprunts à la réglementation, beaucoup plus complète et mieux étudiée, du divorce.

Ces emprunts furent faits, pensons-nous, avec justes raisons, et si les premiers interprètes du Code civil y furent autorisés par les travaux préparatoires où la séparation de corps est appelée le divorce des catholiques, les commentateurs, qui vinrent après la loi du 8 mai 1816, l'y furent davantage. Cette loi, en effet, tout en abolissant le divorce, laissa subsister dans le Code civil tous les articles qui le réglementaient ; puis, la loi de 1884, en complétant la législation de la séparation de corps, n'apporta de dispositions nouvelles que pour le cas où la loi du divorce n'en renfermait pas ; et enfin, la loi de 1886 déclara formellement applicable à la séparation de corps de nombreux articles relatifs au divorce. C'est donc avec raison qu'aujourd'hui nous pouvons nous inspirer de la législation en matière de divorce pour trancher les différentes questions que soulèvent,

dans l'application, les demandes de séparation de corps (1).

Quelle restriction apporterons-nous cependant à cet emprunt ? MM. Aubry et Rau nous donnent, à cet effet, une règle qui peut nous servir de critérium : « Les dispositions relatives au divorce, applicables à la séparation de corps sont celles, disent MM. Aubry et Rau, dont l'application à la séparation de corps n'est pas en opposition, soit avec la nature même de la séparation de corps, soit avec une disposition expresse ou implicite de la loi, soit avec les principes généraux du droit (2). »

C'est donc, en tenant compte de ces restrictions, tant dans les articles du Code et les lois relatives à la séparation de corps que dans les dispositions particulières au divorce, que nous pourrons puiser les solutions qui forment l'objet de ce travail.

Mais, à côté des documents législatifs qui ont en vue la réglementation de la situation des époux, soit en instance de séparation de corps, soit déjà séparés, il est un principe qui, par l'importance de ses conséquences, domine tout notre sujet : le principe de la rétroactivité des jugements appliqué au jugement de séparation de corps, et nous devons lui consacrer un chapitre spécial.

(1) Sic *Répertoire encyclopédique de D. F. de la Gazette du Palais*, au mot séparation de corps, p. 323.

(2) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. V, p. 173.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA RÉTROACTIVITÉ DU JUGEMENT DE SÉPARATION DE CORPS.

§ 1^{er}. — De la rétroactivité.

On sait qu'en général les jugements produisent leurs effets à partir du jour de la demande, ou du jour de la citation en conciliation ; il en est même dont l'effet est antérieur à tout acte relatif au procès, telles les demandes en nullité ; la Cour de cassation a notamment déclaré que les nullités entachant un mariage, qu'elles soient relatives ou absolues, prennent naissance au jour de la célébration du mariage et que leurs effets remontent nécessairement à cette date (1).

La question de savoir si le jugement de séparation de corps a aussi un effet rétroactif a donné lieu à de nombreuses controverses.

Nous ne pouvons passer sous silence les différents systèmes qui se sont produits.

(1) Cassation, 13 avril 1867, D. 1867, 1, 353.

Certains auteurs ont pris argument de la combinaison des articles 311 et 1445 al. 2 du Code civil, pour se prononcer en faveur de la rétroactivité.

L'article 311 dit que la séparation de corps entraîne toujours séparation de biens. Or, la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. C'est une règle dès longtemps admise : Pothier constate déjà son existence. « L'usage du Châtelet de Paris, dit-il, est de donner aux séparations de biens un effet rétroactif au jour de la demande en séparation et de regarder la communauté comme ayant cessé et ayant été dissoute de ce jour. »

La règle est passée dans le Code civil, article 1445 al. 2. « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. »

Comme cet article ne distingue pas entre la séparation de biens principale et la séparation de biens accessoire de la séparation de corps, il faut, nous disent les partisans d'un premier système, décider que le jugement de séparation de corps remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

Puis, nous dit-on, les motifs de cette rétroactivité sont les mêmes dans les deux cas ; d'une part, le demandeur qui triomphe doit être mis au même état que si le défendeur avait, dès le début, reconnu la légitimité de son droit ; il ne faut pas que les len-

teurs inséparables de la procédure et la résistance injuste de son adversaire lui causent un préjudice ; d'autre part, cette règle est d'autant plus nécessaire, dans les procès en séparation, que l'on doit redouter les incidents, les chicanes, toutes les ruses enfin par lesquelles l'époux défendeur s'efforcerait de prolonger la durée du procès, pour jouir plus longtemps des biens de son conjoint, pour faire une coupe de bois, qui sait même ? pour recueillir une opulente succession que la mort imminente d'un parent va mettre dans la communauté si le procès dure encore quelques jours. Or, tous ces motifs sont applicables à la séparation de biens résultant de la séparation de corps, d'autant mieux que les époux sont nécessairement dans un état d'excitation et d'hostilité plus grand encore que dans les procès en séparation de biens ; et puisqu'il n'y a plus, presque toujours, dès la demande formée, de collaboration commune, il ne doit pas y avoir non plus de communauté (1).

Voici dans quels termes MM. Aubry et Rau adoptent ce système. « L'argument d'analogie que fournit la disposition de l'article 1445 al. 2 (en faveur de la

(1) Sic Limoges, 17 juin 1835, *Cacatte*, Dev. 1836, II, 61 ; Cass. 20 mars 1855. Regis, Dev. 1855, I, 401. — Seine, 22 juin 1850, Nicaud, *Gazette des Tribunaux*, 20 juillet 1860 ; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v^o, *Séparation de corps*, § 4, n^o 4 ; Toullier et Duvergier, t. I, n^o 776 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 176 ; Massol, p. 203, n^o 13 ; Dutruc, *De la Séparation de biens*, n^o 283 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, t. II, n^o 1386 et suiv.

rétroactivité) est parfaitement concluant, puisque, d'une part, cette disposition, qui n'est, à ce point de vue, qu'une conséquence de la formation du contrat judiciaire, ne présente de sa nature rien d'exceptionnel et que, d'autre part, les effets de ce contrat s'étendent virtuellement à tout ce qui doit être une suite nécessaire de la demande.

« Il y a mieux, la vie commune en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimonial pouvant cesser dès avant même l'introduction de la demande en séparation de corps par l'usage de la faculté que leur accorde l'article 878 du Code de procédure civile, on comprendrait difficilement que ce régime restât en vigueur durant l'instance. Dans l'état d'hostilité où la demande en séparation de corps place les époux l'un à l'égard de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les inconvénients les plus graves (1). »

Mais les objections n'ont point fait défaut.

L'article 1445, a-t-on dit d'abord, est une disposition exceptionnelle ; les jugements sont en principe rétroactifs parce qu'ils sont déclaratifs des droits, mais les jugements attributifs de droits ne peuvent évidemment pas être rétroactifs, ils ne peuvent produire effet avant le jour où ils ont été rendus, sous peine de porter de graves préjudices à ceux qui

(1) Aubry et Rau, éd. 1872, § 494, p. 203, note 18.

auraient des droits acquis dans l'intervalle et qui n'auraient pu se prémunir contre les conséquences de ce jugement.

Or le jugement de séparation de corps crée une situation nouvelle quant à la personne et quant aux biens, par conséquent l'article 1445 ne peut pas s'appliquer à ce cas.

« La disposition finale de l'article 1445 appelle la pensée de la séparation de corps, dit M. Colmet de Santerre. Elle entraîne la séparation de biens, mais produit-elle cette séparation à la date de la demande ? On a vu dans l'article 1445 une disposition générale et on a refusé de distinguer entre les deux séparations, mais en ceci on n'a pas tenu compte de la place et des termes de l'article 1445.

« Il est écrit au milieu des dispositions spéciales à la séparation de biens principale (art. 1443, 1444, 1446, 1447) ; en outre il parle d'un jugement qui prononce la séparation de biens ; or, cette séparation accessoire de la séparation de corps n'est pas prononcée par jugement, elle est la conséquence nécessaire et tacite de la séparation de corps (art. 311). Si le jugement indique cette conséquence de sa décision principale, cette partie de son dispositif est surabondante et par conséquent on ne peut pas dire que la séparation soit véritablement prononcée par jugement, puisque le jugement pouvait être muet sur ce point. Voilà pour l'argument de texte.

« Quant au fond de la disposition, elle ne se rattache pas aux effets généraux des jugements, elle a au contraire un caractère exceptionnel, ce qui nous conduit à ne pas l'appliquer hors des cas expressément prévus ; les motifs de l'article l'expliquent parfaitement et le montrent presque nécessaire quand il s'agit de la séparation de biens principale, mais ils n'existent plus dès qu'on traite de la séparation accessoire. Alors, la séparation de biens est tout simplement la conséquence de la cessation de la vie commune et il n'y a pas de raison pour mettre fin à la communauté avant que la vie commune ait régulièrement cessé. Le Code de procédure prouve bien que telle est la règle générale, car il ordonne de publier le jugement de séparation de corps et n'impose pas la nécessité de publier la demande, montrant ainsi que si le jugement intéresse les tiers, parce qu'il dissout la communauté, la demande leur est indifférente, c'est-à-dire ne sert point à déterminer la date de la dissolution de cette communauté (art. 880, C. p. c.) (1). »

M. Garsonnet s'était tout d'abord prononcé en faveur de la rétroactivité (2), mais dans le tome suivant du même ouvrage, il a renoncé à sa première

(1) Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, t. VI, 94 bis, III, p. 240 et 241.

(2) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. 2, p. 262, § 257.

opinion et déclaré que l'article 1445 du Code civil ne s'appliquait qu'à la séparation de biens principale.

L'opinion contraire ne lui paraît conforme ni à la nature des choses, ni à l'article 502 du Code civil, aux termes duquel l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire n'ont d'effet que du jour du jugement, ni aux droits des tiers, à l'encontre desquels cette rétroactivité ne pourrait se produire sans injustice alors qu'ils ignorent la demande et n'ont aucun moyen de la connaître. « Si le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande, dit M. Garsonnet, c'est une mesure particulière de défiance à l'égard du mari pour soustraire sans retard la communauté à sa mauvaise administration ; et puis, la publicité de la demande, telle qu'elle est organisée par les articles 866 et suivants, atténue sensiblement le danger que cette rétroactivité peut présenter pour les tiers. Il n'est pas permis d'étendre cette disposition exceptionnelle à d'autres cas pour lesquels il n'existe ni un texte analogue, ni une telle précaution. »

Les objections étaient sérieuses et, nous nous empressons de le reconnaître, elles n'avaient pas échappé aux partisans de la rétroactivité, car il n'en est aucun qui ait adopté le principe absolu et opposable à tous de la rétroactivité.

Malgré cette concession et peut-être aussi à cause de cette concession le système de l'affirmative n'eût

pas le don de réunir tous les suffrages ; elle sert même de base à l'un des arguments des partisans de la non rétroactivité.

M. Demolombe expose cet argument en ces termes : « De deux choses l'une, dit-il, ou le dernier alinéa de l'article 1445 est applicable à la séparation de biens résultant de la séparation de corps, ou il n'y est pas applicable. Si oui, la rétroactivité a lieu envers tous, sinon elle n'a lieu envers personne. Mais il est impossible de prendre pour ainsi dire la moitié de ce texte indivisible et je ne m'explique pas comment Zacharie et ses honorables annotateurs, MM. Aubry et Rau, qui, dans le cas de séparation de biens prononcée principalement admettent la rétroactivité à l'égard des tiers, ne veulent pas, au contraire, l'admettre pour la séparation de biens résultant de la séparation de corps. (Comp. t. IV, p. 176) (1). »

Puis, M. Demolombe tirant argument des articles 869 et 880 du Code de procédure civile et 271 du Code civil, remplacé aujourd'hui par l'article 243, se prononce nettement en faveur de la non rétroactivité.

« Oh ! certes, oui, ajoute-t-il, vous avez raison de ne pas déclarer rétroactive à l'égard des tiers la séparation de biens qui ne dérive que de la séparation de corps, car la loi n'exigeant pas que la demande soit

(1) Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 514, p. 610 et suiv.

alors rendue publique, et n'exigeant au contraire que la publicité du jugement (comp. art. 869 et 880 C. p. c.), témoigne assez qu'elle n'entend faire dater la dissolution de la communauté que du jugement et non point de la demande ; car l'article 271 exigeant la complicité de la part des tiers dans les fraudes que le mari pourrait commettre pendant l'instance prouve assez que s'ils sont de bonne foi, les actes faits avec eux par le mari ne sauraient être attaqués. (Cass. 14 mars 1837. — Mandron Dev, 1837, I, 318). Vous avez, dis-je en cela, bien raison, mais vous restez en chemin et vous êtes ainsi en contradiction avec vous-mêmes. Il faut donc faire un pas encore ; il faut dire que même entre les époux la séparation de biens qui ne résulte que de la séparation de corps n'a pas d'effet rétroactif (1). »

Il est incontestable, comme le fait judicieusement observer M. Demolombe, que l'on ne saurait faire au jugement de séparation de corps une application restreinte de l'article 1445 al. 2 ; son texte ne permettant aucune division ; aussi croyons-nous qu'il faut chercher ailleurs les motifs de décider que le jugement de séparation de corps rétroagit entre époux au jour de la demande.

La controverse ne provient-elle pas de ce que l'on

(1) Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 514, p. 618 et suiv.

ne s'entend pas tout d'abord d'une façon précise sur les effets des jugements. On a essayé de classer les jugements en jugements déclaratifs de droits et en jugements attributifs de droits. Les premiers, a-t-on dit, sont ceux qui reconnaissent des droits préexistants, l'existence d'une servitude, la validité d'une convention ; les seconds sont ceux qui créent une situation nouvelle, tels les jugements prononçant une interdiction ou nommant un conseil judiciaire. Et appliquant cette distinction à la rétroactivité qui nous préoccupe, on a décidé que les premiers rétroagissent et que les seconds ne rétroagissent pas.

On a, à mon sens, créé une classification sans utilité et on en a fait une application erronée. Il est inexact que les jugements déclaratifs de droit rétroagissent d'une façon absolue et *erga omnes* : personne ne soutiendra qu'un jugement constatant l'existence d'une servitude produira effet rétroactif à l'égard des tiers puisque ceux-ci ne sont censés connaître cette servitude que du jour où elle a été rendue publique par la transcription.

Cette remarque suffit, à mon sens, pour faire bon marché d'une distinction aussi peu fondée.

Ne disons donc point que les jugements rétroagissent ou ne rétroagissent pas parce qu'ils sont déclaratifs ou attributifs de droit. Pour nous, tous les jugements sont rétroactifs, nous verrons plus tard dans quelle mesure, et nous revenons par là à la théo-

rie de M. Garsonnet : « Si le jugement, écrivait-il, est déclaratif de droits préexistants, c'est-à-dire qu'il constate l'existence du droit du demandeur au jour de la demande, il doit remonter jusque-là par ses effets et faire au demandeur une situation aussi favorable que si le défendeur avait cédé à la demande au lieu d'y résister injustement. S'il crée une situation nouvelle, il doit encore rétroagir afin que les lenteurs nécessaires de la justice ne nuisent pas au demandeur (passons ici l'exemple, qui, à notre point de vue constitue la seule erreur commise par M. Garsonnet dans ce passage). Les effets que l'assignation produit dans l'intérêt du demandeur sont donc aussi fondés en droit qu'en équité, et j'ajoute qu'ils n'ont rien de trop rigoureux pour le défendeur qui, averti de la demande par un exploit libellé, a dû s'interroger sur la bonté de sa cause et doit supporter, s'il succombe, les conséquences de son injuste résistance (1). »

Entre parties donc tous les jugements rétroagissent. Je ne fais même pas exception pour les jugements d'interdiction qui, aux termes de l'article 502, n'ont d'effet que du jour de leur prononcé ; s'il pouvait se trouver une situation dans laquelle le demandeur en interdiction fut intéressé seul avec l'interdit, nous n'hésiterions pas à soutenir que le demandeur à l'in-

(1) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. II, p. 262, § 257.

terdiction serait en droit d'invoquer la rétroactivité du jugement, mais cette hypothèse nous paraît être en dehors des prévisions réalisables. La jurisprudence toutefois a fait en pratique une exception à cette règle, c'est dans le cas de demande d'aliments. *Nemo vivit in preteritum*, a-t-on dit, et de là on a conclu que la pension n'était due qu'à partir du jugement ; nous ne nous rangeons pas à cet avis ; si personne ne vit dans le passé, il importe de savoir comment on a vécu dans le passé et si une décision de justice se fait attendre en pareille matière, il est beaucoup à présumer que le demandeur n'a vécu durant l'instance qu'en grévant sa situation à venir ou peut-être à l'aide d'emprunts reposant sur le gain éventuel de son procès. Si donc, en général, les jugements allouant une pension alimentaire ne rétroagissent pas, c'est que les juges, par des considérations de fait, échappant au contrôle de la Cour de cassation, estiment que la pension ne présente d'utilité que du jour où leur décision a été rendue, et cela est si vrai que toujours dans les affaires de cette nature les juges prennent le soin d'indiquer la date à laquelle leur jugement produira effet.

Mais si les jugements produisent entre les parties un effet rétroactif, si le contrat judiciaire qui les lie l'une vis-à-vis de l'autre porte comme date la date même du début de l'instance, ces jugements n'ont à l'égard des tiers aucune force, à moins qu'une dispo-

sition spéciale de la loi n'ait déterminé d'une autre façon leurs effets. Ce n'est là qu'une application du principe : *res inter alios judicata pro nullo habetur*.

Ainsi les jugements n'ont en principe aucune portée à l'égard des tiers ; et si parfois ces jugements leur sont opposables, les tiers ont dans certains cas la voie de la tierce opposition pour se soustraire aux conséquences d'une décision judiciaire à laquelle ils sont restés étrangers.

Reste à savoir à quelle époque les jugements devenus définitifs et contre lesquels les tiers n'ont plus de moyens de recours sont devenus opposables à ceux-ci.

La loi a précisé cette époque lorsque cette époque est différente de celle à laquelle les jugements produisent effet entre les parties. Ainsi l'article 502 fixe au jour du jugement la date de l'interdiction, l'article 3 de la loi du 22 mars 1855 fixe à la date de leur transcription l'effet des jugements relatifs aux droits dont la propriété immobilière est susceptible, l'article 1445 al. 2 fixe au jour de la demande les effets du jugement de séparation de biens.

Qu'a-t-elle fait pour le jugement de séparation de corps ? Elle n'a pas modifié le droit commun. Ce jugement ne peut être opposé aux tiers avant d'avoir été rendu ; il n'y a aucun argument à tirer de l'article 1445 qui, en raison des motifs donnés plus haut

par M. Colmet de Santerre, est spécial à la séparation de biens principale ; il n'y a non plus d'argument à tirer de l'article 271 (nouvel art. 243), cet article ayant pour objet, comme nous le verrons plus loin, de valider les actes passés entre le mari et les tiers sans fraude de la part de ceux-ci ; en outre la publicité qui n'est exigée que pour le jugement et non pour la demande, établit qu'il ne peut être question de rétroactivité à l'égard des tiers.

Telle est au surplus la théorie adoptée par la Cour de cassation :

« Attendu, dit-elle, que si aux termes de l'article 311 du Code Napoléon, la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens, la séparation de biens ainsi prononcée par voie de conséquence, ne peut produire un effet rétroactif autre que celui qui est attaché à la demande principale dont elle est accessoire et qui lui sert de soutien ; attendu que si les jugements sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent, leurs effets remontent à l'égard des parties en cause au jour de la demande et si par conséquent la dissolution de communauté produite par la séparation de corps remonte, quant au mari, au jour où, par une demande en séparation de corps, la femme a manifesté l'intention de mettre fin à l'association conjugale, il en est autrement à l'égard des tiers qui, n'ayant pas été avertis par aucune formalité légale de la demande qui a touché le

mari, sont restés étrangers à l'instance qui en a été la suite, et auxquels, par conséquent, cette instance ne peut être opposée, d'où il suit qu'à leur égard la séparation de biens n'a d'effet que du jour du jugement de séparation de corps ; attendu qu'il n'y a aucune induction contraire à tirer de l'article 1445 du Code Napoléon ; que si cet article dispose que le jugement de séparation de biens remonte pour ses effets au jour de la demande, cette disposition, qui regarde moins le mari, pour lequel elle était inutile, que les tiers, n'est que le corollaire des dispositions qui prescrivent dans l'intérêt des tiers l'accomplissement des formalités destinées à assurer la publicité des demandes en séparation de biens et qu'il est par suite inapplicable à la séparation de corps qui n'est assujettie à aucune autre publicité légale (1). »

Cette opinion a depuis été consacrée par de nombreuses décisions judiciaires et nous pouvons dire que telle était déjà fermement établie la jurisprudence avant la loi de 1886 sur le divorce.

Avant d'aborder le dernier argument que nous fournit cette loi, il nous reste à répondre à deux objections qui ont été formulées contre la rétroactivité du jugement de séparation de corps.

La première est tirée des termes de l'article 271 du Code civil abrogé par la loi du 18 avril 1886, mais

(1) 18 juin 1877, Sirey, 1877, I, 406.

remplacé par l'article 243 : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238 (première ordonnance), sera déclarée nulle s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. » Il résulte, dit-on, de cet article que la continuation de la communauté est présumée.

L'objection se résout facilement. Toutes les fois que pendant le procès en séparation de corps le mari se met en rapports d'affaires avec les tiers, les actes qu'il passe avec ces derniers ne portent pas nécessairement le caractère de fraude qui les rend nuls *ipso facto*. Les tiers ne sont pas avertis d'un procès en séparation de corps, de là cette conséquence que les tiers n'étant pas tenus de connaître ce qui se passe peuvent traiter avec le mari comme si rien n'avait altéré son droit. Il suffit que la bonne foi ait présidé à leurs conventions. Mais de ce que la séparation ultérieurement prononcée n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers de bonne foi, il ne s'en suit pas qu'entre les époux cet effet rétroactif n'ait pas lieu et par exemple, dit M. Troplong, on aurait tort de conclure par une trop grande généralisation de l'article 271, que les successions mobilières advenues à la femme pendant l'instance en séparation de corps tombent dans la communauté ;

l'article 271 s'explique par des raisons spéciales pour son cas particulier (1).

Il serait injuste, ajoute-t-on, que l'effet rétroactif atteignît le mari lorsque la demande en séparation sera formée par lui.

A cela, M. Troplong répond au n° 1386. « Le mari s'est fait sa position, il a demandé sa séparation de corps. Dès le jour où il l'a demandée, il a dû comprendre qu'il ne lui appartenait plus de se conduire en souverain de cette communauté, qu'il ne pouvait plus la démembrer par ses actes, qu'il ne pouvait plus profiter des accroissements de valeur arrivés par des successions échues à une femme qu'il répudie. Demander la dissolution de la communauté, c'est s'interdire à soi-même tout cela. »

Il y aurait lieu de faire la même réponse à la femme. N'est-ce pas d'ailleurs là sa situation quand elle forme une demande principale en séparation de biens.

Que dire encore du procédé que proposent les partisans de la non-rétroactivité et qui consiste à former une demande principale annexe en séparation de biens de façon à faire rétroagir le jugement duquel dépend la dissolution de la communauté ? Remarquons que cette ressource n'appartiendrait pas au mari, qui ne peut former de demande de sépara-

(1) Sic Troplong, n° 1388.

tion de biens. Ce n'est, du reste, pas résoudre la question que de proposer un moyen pour la tourner ; et enfin, puisque la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens, n'y a-t-il pas un pléonasme juridique à saisir le tribunal d'une demande en séparation de biens ?

Notre système subsiste donc en entier ; et quand bien même un texte législatif ne serait pas venu lui apporter l'appoint de son autorité, nous considérerions qu'il est le seul qui nous paraisse cadrer avec l'esprit général du droit français.

Mais ce système nous semble, depuis la loi du 18 avril 1886, ne plus devoir donner lieu à aucune discussion. Aux termes du dernier paragraphe de l'article 252 inséré au Code civil, « le jugement (de divorce) dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ».

Bien que cet article ait été écrit spécialement pour le divorce et qu'il n'ait pas été déclaré formellement applicable à la séparation de corps, comme les articles 236 à 244, nous sommes en droit de l'étendre à la séparation de corps, car les raisons qui l'ont motivé s'appliquent à la séparation de corps comme au divorce. Il suffit, du reste, pour se convaincre que, dans l'esprit du législateur, cette disposition visait la séparation de corps aussi bien que le divorce, de lire les débats auxquels elle donna lieu devant le Sénat lors du vote de la loi sur le divorce. Nous ne

pouvons les reproduire ici, mais l'esprit qui se dégage de cette discussion, c'est que le but du rapporteur de la commission était de maintenir la jurisprudence consacrée sur ce point en matière de séparation de corps, ce qui exclut bien la pensée de vouloir soumettre le divorce à un régime différent de la séparation de corps.

Il ne saurait donc dorénavant être soulevé de difficultés sur le principe de la rétroactivité du jugement de séparation de corps entre époux, mais on est moins d'accord sur la sphère d'application de ce principe.

La controverse sur ce point provient d'une part des termes généraux de l'article 252 *in fine* aux termes duquel les effets du divorce quels qu'ils soient paraissent se produire rétroactivement et les explications fournies par le rapporteur de la loi, M. Labiche, qui semblent restreindre la portée de la rétroactivité du jugement à certains cas particuliers.

« Le jugement dûment transcrit, dit l'article 252, remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande. » Pris à la lettre, cet article signifie que tous les effets du mariage cessent dès le jour de la demande, si celle-ci est suivie d'un jugement prononçant le divorce.

« Comment, disait M. Labiche, se justifie cette innovation (de l'art. 252 *in fine*) ? Elle a pour objet

d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive et où, par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui. » Il semble donc que la rétroactivité du jugement ne devait s'appliquer qu'aux intérêts pécuniaires des époux et non à leur personne, et cependant l'article 252 s'est exprimé avec la plus grande netteté sans faire aucune distinction entre les intérêts pécuniaires des époux et leurs rapports personnels.

Il y avait donc place pour deux systèmes nettement opposés, l'un se fondant sur l'esprit de la loi tel qu'il se manifeste dans les travaux préparatoires, et l'autre se basant sur les termes formels de la loi.

Hâtons-nous de constater que le second de ces systèmes a rencontré bien peu de partisans.

« Le motif donné par le rapporteur au Sénat, dit M. Coste, nous fait comprendre quel doit être le domaine d'application de l'article 252, la rétroactivité du jugement de divorce étant une exception ; cette exception se trouve nécessairement limitée par son objet, elle a été créée ainsi que nous venons de le dire, dans un but tout spécial ; il ne faut donc l'admettre que dans la mesure où elle tend à la réalisation de ce but. On irait au-delà du vœu de la loi si, prenant l'article 252 à la lettre, on faisait sans

aucune distinction remonter au jour de la demande tous les effets du divorce et en particulier celui qui les résume tous, la dissolution du mariage. »

M. Carpentier adopte une opinion semblable ; il eut été surprenant du reste que M. Carpentier, adversaire résolu de la rétroactivité du jugement, eut adopté sans protester les termes généraux de l'article 252. Après avoir fait cette déclaration que le système de la loi de 1884 qui refusait au jugement de divorce tout effet rétroactif, était bien préférable au système de la loi de 1886 qui a consacré cet effet rétroactif, M. Carpentier s'exprime ainsi : « il est bien évident que même en ce qui concerne les époux, cette rétroactivité se bornera au règlement de leurs intérêts pécuniaires (1). »

D'après M. Dramard, « la rétroactivité du jugement de divorce doit être limitée aux rapports créés par le régime matrimonial des époux ».

M. Coulon se range au même avis (2).

MM. Vraye et Gode sont au contraire moins affirmatifs. « C'est *surtout*, disent-ils, en ce qui concerne les biens que cet article (252) fait remonter les effets du divorce au jour de la demande (3). »

(1) Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, t. 2, p. 223.

(2) Coulon, op. cit., t. V, fascicule I, p. 7.

(3) Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. II, p. 401.

Tel paraît donc être à peu près l'avis général : les effets rétroactifs du jugement de divorce, même entre époux, doivent être limités aux intérêts pécuniaires des époux. Il importe toutefois de remarquer que ces effets ne sont pas, d'après les auteurs, limités à la formule employée par le rapporteur de la loi ; d'après le rapporteur, en effet, la disposition de l'article 252 n'aurait d'autre objet que d'obliger les seuls époux communs en biens, à reporter au jour de la demande la liquidation de leurs droits. Personne n'accepte à la rigueur une interprétation aussi étroite et tous les auteurs, sans discussion, n'hésitent pas à étendre l'article 252 à tous les autres régimes.

Nous ne saurions, pour notre part, formuler dès le début de ce travail, une règle absolue qui aurait pour conséquence d'en supprimer par avance toute l'utilité : nous voudrions, en soulevant les problèmes qui ont été le plus souvent agités en doctrine et en jurisprudence, rechercher la solution qui s'impose dans les différents cas, car nous demeurons convaincu qu'il n'est point, en la matière, de règle tellement fixe qu'elle puisse se formuler en peu de mots, et nous sommes d'autant plus autorisé à l'affirmer, que les auteurs eux-mêmes, qui se sont basés sur le rapport de M. Labiche, pour restreindre la portée des termes de l'article 252, ont cru devoir étendre la formule employée par le rapporteur.

Le principe de la rétroactivité étant dès maintenant admis entre époux, il nous reste à examiner, avant d'arriver à son application, quel est le point de départ de cet effet rétroactif. Nous ferons de cette question l'objet du § suivant.

§ II. — Jour de la demande.

L'article 252 § 5 que, pour les motifs donnés ailleurs, nous croyons pouvoir appliquer à la séparation de corps, s'exprime ainsi : « Le jugement, dûment transcrit, remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. » Nous laisserons de côté ici la condition de la transcription, puisque cette formalité n'est pas requise en matière de séparation de corps, et nous dirons que le jugement de séparation de corps, devenu définitif ou passé en force de chose jugée, remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande.

Il importe de préciser ce qu'il faut entendre par jour de la demande.

On sait que la procédure de séparation de corps débute non par une assignation mais par une requête présentée au président du tribunal du domicile des époux; que cette requête est suivie d'une ordonnance permettant à l'époux demandeur de citer son conjoint en conciliation et que ce n'est qu'après cette

tentative de conciliation demeurée infructueuse que le demandeur est autorisé à assigner son conjoint.

Rien dans le Code ne précisant ce qu'il faut entendre par jour de la demande, nous devons rechercher laquelle de ces formalités, requête, citation en conciliation, comparution devant le président du tribunal ou assignation, formera le point de départ de l'effet rétroactif du jugement.

Si nous cherchons des analogies dans la législation, nous trouvons qu'en matière civile les intérêts moratoires sont dus à partir du jour de la demande, ce qui semble désigner l'assignation, mais que la citation en conciliation fait courir les intérêts pourvu que la demande soit formée dans le mois à dater du jour de la comparution ou de la non conciliation (1).

Nous serions donc tentés d'admettre que le point de départ de notre effet rétroactif est la citation en conciliation.

Nous avons écarté sans examen la question de savoir si la requête elle-même ne serait pas le point initial des effets de la séparation de corps, car nulle part on ne trouve dans notre législation l'indice d'un effet semblable attribué aux requêtes précédant les instances. Nous comprenons du reste d'autant plus cet effet négatif de la requête que celle-ci n'est connue du défen-

(1) Sic art. 57, C. p. c.

deur que par la citation ou l'assignation, etc., qu'il n'est pas à redouter que le défendeur profite, par représailles, du laps de temps qui sépare la requête de la citation pour apporter une modification quelconque aux droits qui appartiennent au demandeur.

De nombreux arrêts ont du reste consacré cette manière de voir : La Cour de Grenoble, dans un arrêt du 2 mai 1891, a constaté que la notification de la requête du demandeur a pour effet de lier l'instance et de saisir le tribunal (1). La Cour de cassation a consacré le même principe dans un arrêt du 8 décembre 1880 rapporté au Sirey de 1882, 1^{re} partie, page 103, dont nous extrayons le passage suivant :

« Attendu au fond, que c'est en sa qualité de membre du tribunal civil que le président reçoit la requête introductive de l'instance en séparation de corps; que cette requête qui est nécessairement présentée par le ministère d'un avoué doit aux termes de l'article 875 du Code de procédure civile contenir les faits sur lesquels la demande en séparation est fondée et que les pièces à l'appui doivent y être jointes; qu'elle constitue ainsi du moment *où l'époux défendeur en est touché* le premier acte de l'instance soumise à la juridiction du tribunal; — Attendu en conséquence que le tribunal civil de Caen

(1) Cour de Grenoble, 2 mai 1891, Sirey, 1893, 2, 178. — Cour de Paris, 5 août 1886, Sirey, 1888, 2, 56. Id. 15 mars 1892, Sirey, 1892, 2, 72.

s'est trouvé saisi par la notification que M^{me} Rousselin avait faite à son mari de la requête présentée par elle au président dudit tribunal, requête qui a été répondue d'une ordonnance de ce magistrat permettant de citer en conciliation devant lui et suivie d'une citation donnée à Rousselin à cet effet conformément à l'article 876 du Code de police civile ; que par suite le changement de domicile opéré par le mari postérieurement à cette notification n'a pu dessaisir le tribunal... »

On nous objectera peut-être cependant que l'article 243, en déterminant l'époque à partir de laquelle les obligations contractées par le mari ou les aliénations consenties par lui sont annulables, parle de la première ordonnance et non de la citation en conciliation. Nous ne croyons pas que l'argument de texte ait ici une grande portée, car dans l'esprit du législateur, la première ordonnance et la citation devaient être rendue ou signifiée à des instants si rapprochés qu'il les a confondues ou n'a pas pris le soin de mieux préciser sa pensée.

D'autre part il y aurait un inconvénient si grave à admettre le sens littéral de l'article 243 qu'il ne nous paraît pas possible que le législateur n'ait point voulu parler de la citation en conciliation. Que pendant l'intervalle qui sépare la première ordonnance de la citation en conciliation, le mari contracte une obligation, prétendrez-vous que cette obligation est

annulable alors qu'il est fort possible que le mari ignore l'instance dont il va être l'objet. De quel fait alors ferez-vous résulter la mauvaise foi qui doit servir de base à l'action en nullité dont parle l'article 243 ? Et si le législateur n'a pas présumé la mauvaise foi du mari de ce fait qu'il a eu connaissance de l'ordonnance du président, on ne s'explique pas pourquoi le législateur n'a pas permis de rechercher avant la date de la première ordonnance si les opérations du mari n'ont pas été inspirées par la mauvaise foi.

C'est donc bien au jour de la citation que l'instance doit être considérée comme introduite et non à la date de la présentation de la requête.

Nous devons cependant reconnaître que cette opinion n'est pas admise par la plupart des auteurs qui reconnaissent que l'effet de la séparation remonte à une date antérieure à l'assignation.

M. Carpentier, n° 159, enseigne au contraire qu'en vertu de la disposition de l'article 252, les effets du jugement doivent être considérés comme se produisant dès le jour de la remise de la requête par le conjoint demandeur, au président. « En armant, dit-il, le Président de pouvoirs nouveaux dès la première comparution des parties, la loi paraît avoir témoigné le désir de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux. »

MM. Vray et Gode, n° 611, adoptent la même opi-

nion par ce motif que le préliminaire de conciliation forme, avec l'instruction et les débats, devant le tribunal, une seule et même instance, un tout indivisible.

Il n'est même pas impossible, ajoutent-ils, de tirer parti du texte à l'appui de notre opinion. L'article 234 du Code civil, en effet, dispose que « l'époux qui veut former une demande en divorce » présente sa requête au président. Il ajoute qu'en cas d'empêchement le magistrat se transporte au domicile de l'époux « demandeur ». En outre, les articles 235 à 238 qualifient à chaque instant les époux de demandeur et de défendeur, et cependant l'assignation n'est pas encore délivrée. Il en faut conclure que pour le législateur la demande existe dès la présentation de la requête.

Les motifs invoqués par ces auteurs sont en effet des plus concluants et nous considérons qu'ils sont irréfutables si on en tire la conclusion à laquelle nous arrivons, que l'introduction de la demande date d'une époque antérieure à l'assignation, mais nous persistons à penser que cette rétroactivité ne saurait se produire avant que le défendeur ait été informé de la demande dont il va être l'objet.

Adopter l'opinion de MM. Vray et Gode, c'est faire au principe de l'article 1165, en vertu duquel un acte n'est opposable qu'à ceux qui y ont pris part, une exception que rien n'autorise et qu'aucune utilité ne justifie.

Mais, nous objectera-t-on, rien ne prouve que l'effet rétroactif n'est pas différé au jour de l'assignation. Que le tribunal soit saisi par la notification de l'ordonnance et qu'il ne soit pas possible au mari d'apporter obstacle à la demande de la femme en changeant de domicile dans l'intervalle qui sépare la date de la citation en conciliation de celle de l'assignation, nous le concevons, mais de là à conclure que les effets de la séparation se produiront rétroactivement à la première de ces dates..... !

L'article 243 du Code civil me paraît, à lui seul, répondre d'une façon suffisante aux partisans de ce système. En décidant que les aliénations faites par le mari ou les obligations contractées par lui au préjudice de la communauté depuis la date de la première ordonnance peuvent être annulées, ne décidait-il pas que depuis cette ordonnance le mari n'est plus le maître absolu de la communauté et qu'il ne peut plus disposer de son actif sans s'exposer à voir ses actes frappés de nullité, et n'est-ce pas dire, en d'autres termes, que l'effet rétroactif du jugement se produit à une date antérieure à l'assignation ?

Nos adversaires, cependant, citent un jugement du tribunal de Troyes du 10 août 1881 et tirent de l'ancien article 271, aujourd'hui l'article 243, un argument absolument opposé aux conséquences que nous tirons nous-même de ce même article. Cet article, disent-ils, en édictant des mesures protectrices

au profit de la femme, indique bien que la communauté n'est pas dissoute pendant la période qui sépare la première ordonnance de l'assignation. Nous comprenons cet argument dans la bouche des auteurs qui refusent au jugement de séparation de corps tout effet rétroactif et que nous avons combattus plus haut, mais de la part des partisans de l'effet rétroactif au jour de l'assignation, nous ne le comprenons plus. En effet, reconnaître que le jugement de séparation de corps rétroagit au jour de l'assignation et, d'autre part, prétendre qu'avant cet effet rétroactif il existe une période transitoire pendant laquelle les actes faits par le mari peuvent être annulés, c'est donner à l'article 243 (ancien art. 271) un sens restreint que ses termes ne comportent pas et faire entre deux époques, celle qui précède l'assignation et celle qui la suit, une différence qu'aucun texte n'autorise. Où serait donc cette différence? Si les actes antérieurs à l'assignation sont annulables, les actes postérieurs seront-ils nuls de plein droit? Pas de texte, pas de distinction à faire. Donc, si l'article 243 (ancien art. 271) peut être invoqué en faveur de la rétroactivité, il faut admettre que ce texte fixe le point de départ de cet effet rétroactif au jour de la première ordonnance, ou, plus exactement, comme nous l'avons remarqué déjà, au jour de la citation en conciliation.

Une autre difficulté peut se produire pour la fixa-

tion de la date à laquelle le jugement de séparation de corps produit ses effets. C'est lorsque la séparation est prononcée sur la demande reconventionnelle de l'un des deux époux après désistement du demandeur principal ou rejet de la demande principale.

Il est en effet admis, et il est de jurisprudence constante que le jugement rendu sur une demande reconventionnelle n'a d'effet rétroactif qu'au jour des conclusions reconventionnelles.

Si on applique cette règle à la séparation de corps il peut en résulter des conséquences préjudiciables pour celui des époux, surtout si c'est la femme, qui a formé en second lieu la demande en séparation de corps. Ne voit-on pas, en effet, que, si au début de l'instance en séparation, la femme, contre laquelle il n'existe aucun grief pouvant justifier la demande du mari, se borne à résister à celle-ci et ne se décide qu'après des débats d'une certaine longueur à former elle-même une demande en séparation, le mari sera resté en possession de la fortune de la femme, de l'actif de la communauté et que, par suite du rejet de sa propre demande, il sera libéré des intérêts courus depuis la demande principale jusqu'à la date des conclusions reconventionnelles.

N'y a-t-il pas là une conséquence contraire au but que s'est proposé le législateur en attribuant au jugement de séparation de corps un effet rétroactif!

Aussi s'inspirant de ce sentiment d'équité et s'appuyant sur cette considération que « la loi paraît avoir témoigné du désir de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux », M. Carpentier conclut-il « que si les deux conjoints s'étaient portés respectivement demandeurs en divorce, par voie principale ou reconventionnelle, on devrait faire remonter les effets du divorce à la première des deux actions (1) ».

Nous comprenons le désir très louable auquel obéit ici M. Carpentier, mais nous ne pouvons cependant, en dehors de toute disposition dérogeant aux principes généraux du droit, admettre sa conclusion. Et ce qui prouve bien la faiblesse du système soutenu par M. Carpentier, c'est que lui-même est obligé d'y renoncer dans le paragraphe suivant.

« Il y a toutefois, ajoute-t-il, une hypothèse où il semble qu'on devrait s'attacher à la date de la demande reconventionnelle, c'est lorsque le demandeur a transformé sa demande en divorce en demande de séparation de corps, il ne resterait plus en réalité qu'une demande en divorce, celle qui aurait été formée par conclusions (1). »

Quelle différence M. Carpentier fait-il donc entre le désistement du demandeur principal ou le rejet de

(1) Carpentier, *Du divorce*, II, p. 225. — Sic Coulon, IV, p. 473, Rep. encyclopédique, *Gaz. Pal.* V. Divorce, n° 265.

sa demande ? Dans l'un comme dans l'autre cas subsiste-t-il quoique ce soit de l'instance primitivement engagée ? Il n'y a donc pas lieu à distinction. Aussi, persistons-nous à croire que les effets de la séparation ne remontent qu'à la date de la demande reconventionnelle qui seule a été admise.

Telle est, du reste, la jurisprudence de la Cour de cassation.

« Considérant, dit la Cour, qu'aux termes de l'article 1445 du Code civil, le jugement qui prononce la séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande ; — Considérant qu'à la suite de la demande en séparation de corps intentée contre lui par sa femme en 1883, B... a par acte d'avoué à avoué, en date du 21 janvier 1886, formé contre la dame B... une demande reconventionnelle ; que par l'arrêt sus-visé du 2 février 1887, la séparation de corps a été prononcée entre les époux B... à la requête du mari, la demande de la femme étant rejetée ; que dans ces circonstances, c'est à bon droit que le notaire liquidateur a fixé au 21 janvier 1886 le point de départ des effets de la séparation de biens ; qu'il aurait dû incontestablement procéder ainsi, si la demande du 21 janvier 1886 eut été formée par voie d'assignation ; que la situation ne saurait être modifiée par ce fait que B... a agi par acte d'avoué à avoué ; que si on admettait, comme le prétend la dame B..., que la demande reconventionnelle étant

un incident de la demande principale, ses effets remontent au jour où la demande principale elle-même a été introduite, il s'ensuivrait que la séparation de biens produirait ses effets à un moment où elle n'était pas encore demandée par la partie qui l'a obtenue (1). »

Nous devons bien reconnaître avec l'annotateur de cet arrêt, que la Cour a fait ici une juste application des principes, mais il ne nous est pas interdit de constater avec regret ce conflit entre le droit et l'équité.

Il importe d'observer avant de clore cette étude sur le sens et la signification du mot « demande » que, quelle que soit l'opinion adoptée, la rétroactivité ne saurait remonter à une date antérieure à l'assignation que pour ce qui est la conséquence directe de la demande en séparation de corps. Il est en effet d'usage de former dans le même exploit une demande de pension alimentaire, or, celle-ci est absolument indépendante de la demande en séparation de corps qu'elle accompagne et il n'existe pas en faveur des demandes d'aliments des dispositions exceptionnelles dans la loi qui permettent de considérer, en dehors de toute demande formelle, le jugement qui les alloue comme rétroagissant antérieurement à la demande. C'est, du reste, une question que nous retrouverons en traitant de la pension alimentaire.

(1) Paris, 12 juillet 1892, Sirey, 1894, II, 10.

DIVISION

Partant de ce principe que le jugement de séparation de corps rétroagit entre époux au jour de la demande, voyons quelles conséquences il entraîne en même temps que nous interpréterons les différents articles dont l'objet est précisément de régler la situation respective des époux au cours de l'instance.

Il nous a paru qu'en distinguant les effets que produit l'instance en séparation de corps d'une part sur la personne des époux et d'autre part sur leurs biens, ce travail ne pourrait que gagner en méthode et en clarté ; c'est dans ce but et cet espoir que nous l'avons scindé en deux parties.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE EN SÉPARATION DE CORPS SUR LES RAPPORTS PERSONNELS DES ÉPOUX SOIT ENTRE EUX SOIT AVEC LEURS ENFANTS.



Comme ce titre l'indique, nous entendons consacrer cette première partie à ce qui touche plus particulièrement *la personne* des époux. Nous devons signaler toutefois que nous avons cru devoir faire entrer dans cette partie tout ce qui est relatif à l'obligation alimentaire entre époux et au droit de jouissance légale des père et mère, parce que ces questions, bien que se rattachant aux intérêts pécuniaires des époux, nous ont cependant paru se trouver plus à leur place à côté de ce que nous disons du devoir de secours mutuel et de la puissance paternelle.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LES DROITS ET LES OBLIGATIONS RÉCIPROQUES DES ÉPOUX.

§ 1^{er}. — Devoir d'habitation.

Parmi les obligations qu'entraîne le mariage, la première dont la demande en séparation de corps emporte la suppression, c'est l'obligation pour la femme de demeurer avec son mari et pour ce dernier de recevoir sa femme.

« La femme est obligée d'habiter avec le mari, dit l'article 214, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir..... »

Cette obligation cesse avec la demande en séparation de corps ; aux termes de l'article 236 « le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire ».

Le choix de la résidence est laissé au juge qui peut même assigner à la femme une résidence

en dehors de l'arrondissement. Il peut même enjoindre au mari de quitter le domicile conjugal lorsque la femme exerce un commerce particulier (1).

Cette résidence ne peut être modifiée que par ordonnance de référé (art. 233).

La femme doit résider au lieu fixé par le juge, et la sanction de cette obligation est contenue dans l'article 241 : « La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise ; à défaut de cette justification le mari peut refuser la provision alimentaire, et si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. »

Il faut conclure de cet article que la femme même défenderesse est tenue de résider dans le lieu assigné sous peine d'être privée de la pension qui lui a été allouée et que la femme défenderesse, en outre de cette première sanction, peut se voir refuser audience. Hâtons-nous de dire (et c'est pour cela que nous employons cette expression) que cette pénalité ne constitue pas une fin de non recevoir absolue, que tout au plus elle constitue une simple fin de non procéder dont l'effet peut cesser quand la femme rentre au domicile fixé dans l'ordonnance ; j'ajoute même et de nombreux arrêts ont statué en ce sens

(1) Paris, 25 février 1885.

que les juges sont en droit d'apprécier les motifs qui ont pu éloigner la femme de cette résidence (1).

Cette résidence constitue pour la femme un domicile provisoire auquel tous les actes relatifs à son procès peuvent lui être signifiés.

Les tiers pourraient-ils eux aussi y faire délivrer les actes qui intéressent la femme personnellement.

Aux termes de l'article 108 du Code ainsi conçu : « La femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari », mais ce n'est évidemment qu'après la séparation prononcée que ce changement de domicile s'opère ; au cours de l'instance à laquelle les tiers sont complètement étrangers, la femme ne pourrait se prévaloir d'un changement de domicile pour arguer de nullité les actes qui lui seraient signifiés chez son mari. Admettre la solution inverse serait reconnaître que le jugement de séparation de corps rétroagit même à l'égard des tiers.

Pour la même raison la femme serait en droit de soulever la nullité d'un acte qu'un tiers lui aurait signifié au lieu de sa résidence provisoire si l'exploit

(1) Paris, 24 décembre 1885. Loi 23 juin 86. — Paris, 19 et 20 octobre 1886. Loi 28 octobre 86. — Paris, 31 mars 86, *Gaz. Trib.*, 26 et 27 avril 1887.

Trib. Seine, 28 janvier 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 1, 174 (Loi et Droit, 3 février 86. *Gaz. Trib.*, 6 février 86).

ne lui a pas été remis à elle personnellement (arg. art. 68, C. p. c.).

Enfin les tiers ne pourraient non plus arguer d'une instance en séparation de corps pour assigner la femme devant le tribunal de sa résidence, à moins bien entendu que les époux n'aient pas de domicile connu en France (arg. art. 69, § 8, C. pr.).

§ II. — Devoir de fidélité.

La séparation de corps, si elle a pour but de détendre les liens qui unissaient les époux, n'a cependant pas pour effet de rendre à chacun d'eux une liberté et une indépendance absolues. Les enfants nés du commerce du mari séparé de corps d'une étrangère sont bien adultérins, l'adultère de la femme ou du mari séparé pourrait certainement servir de base à une demande en divorce sans que l'époux demandeur dut attendre le délai de trois ans pour provoquer la conversion du jugement de séparation de corps (1).

Il semblerait donc qu'aucune difficulté ne puisse naître sur la persistance et la sanction du devoir de fidélité. Cependant la question de savoir si l'article 339 du Code pénal qui réprime l'adultère du mari

(1) Paris, 22 juillet 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 2, 509.

peut recevoir son application en cas de séparation de corps a été plusieurs fois discutée et nous croyons intéressant de la rappeler ici.

L'adultère du mari n'est punissable qu'autant qu'il a été consommé au domicile conjugal ; il faut donc décider qu'aucune peine ne peut plus être prononcée contre le mari après la séparation de corps (1).

Cette théorie, qui, avant la loi de 1893, pouvait être contestée, nous semble devoir être admise sans difficulté, depuis l'insertion dans l'article 108 du Code civil du paragraphe suivant : « La femme, séparée de corps, cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari. »

Mais la question reste entière pour la période qui précède le jugement. En vain soutiendrait-on que par suite de l'autorisation de résider séparément donnée par le juge à la femme en instance de séparation de corps il n'existe plus de domicile commun. Il faudrait dans cette hypothèse supprimer du paragraphe de l'article 108 cité plus haut les mots « séparée de corps » qui indiquent bien que le domicile conjugal ne disparaît qu'après la séparation prononcée, ou admettre que le jugement de séparation produit un effet rétroactif même à l'égard des obligations morales des époux et non seulement à l'égard de leurs biens.

(1) Sic Paris, 4 décembre 1837, aff. Monsalier, S. 58, 2, 122. Cass. 27 avril 1838, S. 38, 1, 538. Contrà. Cour de Lyon, 15 juin 1837, S. 38, 2, 164.

Sous l'empire du Code civil, la Cour de cassation se prononçait déjà dans ce sens : « Attendu, dit un arrêt du 12 décembre 1857, rapporté au Sirey (1858, 1, 176), que pendant le mariage le domicile du mari est la maison conjugale ; — Que la demande en séparation de corps ne peut avoir pour effet de relâcher les liens qui unissaient les époux et de les soustraire aux obligations que la loi leur impose ; — Que si la femme peut se faire autoriser par le juge à quitter momentanément l'habitation commune, cette mesure, essentiellement provisoire, peut cesser d'un moment à l'autre, soit par la volonté des époux, soit par le rejet de la demande ; — Que la séparation est un moyen extrême qui n'est admis par la loi qu'après que le rapprochement des époux est devenu impossible ; — Que la présence de la concubine dans la maison du mari serait un obstacle à ce que la femme y rentrât ; — Qu'ainsi les règles du droit comme les principes de moralité sur lesquels il repose, conservent au domicile du mari, même en l'absence de la femme, le caractère qui lui est attribué par la loi et que pendant l'instance en séparation de corps, il reste encore la maison conjugale dans les termes de l'article 339 du Code pénal. »

Plus récemment un jugement du tribunal de Bourges (1) s'est inspiré des mêmes motifs pour admettre

(1) Bourges, 4 juillet 1888. Loi 14 et 15 août 1888.

la plainte en adultère déposée par une femme en instance de séparation de corps.

« Attendu, dit encore un arrêt de la Cour de cassation du 17 août 1883, qu'il importe peu que, suivant le principe invoqué par le pourvoi, l'effet du jugement de séparation de corps rétroagisse au jour de la demande ; que si cette rétroactivité peut être admise par application de l'article 1445 du Code civil, en ce qui concerne la séparation de biens, conséquence forcée de la séparation de corps, il n'en saurait être de même pour les obligations morales des époux et spécialement pour ce qui touche à l'habitation commune et aux devoirs d'assistance ou de fidélité mutuelles ; que ces obligations ou ces devoirs subsistent en entier tant que les liens du mariage n'ont pas été relâchés par la séparation de corps ; qu'il n'est donc pas possible d'admettre qu'un jugement de séparation, survenant après l'entretien d'une concubine dans le domicile conjugal, fasse disparaître le délit commis par le mari...

« Rejette, etc. (1). »

(1) *Pand. Chron.*, 6, 4, 236. V. en ce sens les autorités citées à la suite de cet arrêt.

§ III. — Devoir d'assistance mutuelle.

Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si le devoir d'assistance subsiste après la séparation de corps. Pour nous, nous partageons l'avis de Laurent et de Coulon pour qui cette question ne se pose pas. « L'assistance, dit Coulon, suppose des soins personnels donnés à un époux malade, ou des consolations accordées à un conjoint affligé. Ces devoirs impliquent l'union des âmes. On ne peut parler de l'union des âmes entre époux séparés de corps, c'est-à-dire entre époux que la haine divise. On ne peut concevoir la possibilité de ces soins délicats, là où il n'y a pas de vie commune. L'assistance est par suite un de ces effets du mariage qui cessent avec la vie commune qui leur donne naissance (1). »

Cette conclusion tirée par Coulon de la situation faite aux époux après la séparation de corps, s'impose, à notre sens, avec beaucoup plus de force au cours de l'instance. Les rancœurs, les animosités, la haine, sont, à cette époque, d'autant plus vives que la cause en est plus récente. L'amour-propre trouve dans chaque incident de la procédure une surrexci-

(1) Coulon, *Le Divorce et la séparation de corps*, vol. 5, de la séparation de corps, p. 28. — Laurent, t. III, p. 400.

tation nouvelle et si parfois l'oubli du passé rapproche des époux séparés par la justice, le pardon des fautes commises amène rarement une réconciliation entre ceux qui débattent encore leurs intérêts devant les tribunaux.

Nous pourrions même aller plus loin et soutenir qu'il y aurait pour celui des époux qui pousserait la délicatesse jusqu'à se considérer comme tenu de ce devoir, qu'il y aurait, disons-nous, un certain danger à l'accomplir. Qu'une femme demanderesse en séparation de corps, apprenant que son mari est malade, que des revers de fortune ou des chagrins l'accablent, aille lui porter ses soins ou ses consolations, le mari n'y trouvera-t-il pas un prétexte pour soutenir qu'il y a eu entre lui et sa femme une réconciliation et que la demande est, dès lors, devenue non recevable.

L'article 244 du Code civil, aux termes duquel « l'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux survenue soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande », est, en effet, applicable à la séparation de corps. Or, la réconciliation de deux époux est un fait des plus subjectifs et qui peut s'induire de circonstances bien diverses suivant la condition, l'éducation des personnes. Le législateur, en ne précisant pas le sens qu'il attachait au mot « réconciliation », a ouvert la porte à bien des difficultés, et bien que nous ne voulions pas, en

donnant à ce mot une signification trop étroite, mettre en garde les plaideurs contre toute démarche tendant à un rapprochement, nous ne pouvons cependant pas signaler le danger réel auquel s'exposerait bénévolement la demanderesse en séparation de corps qui obéirait au devoir d'assistance mutuelle.

Nous considérons donc que ce devoir cesse et perd, dès la demande en séparation, tout caractère juridiquement obligatoire et que l'une des parties en cause chercherait vainement, dans l'inobservance de ce devoir de la part de son conjoint, un élément nouveau pour étayer sa propre demande.

§ IV. — Devoir de secours mutuel ou de la pension alimentaire.

La dette de secours mutuel subsiste après la séparation de corps, même après le divorce, à plus forte raison au cours de l'instance. Mais cette dette, qui se paie, durant la vie commune, par le fait même de la cohabitation et de la communauté des époux, se transforme, dès que la séparation de fait se produit, en une dette pécuniaire qui prend le nom de pension alimentaire. Les articles 238 et 240 du Code civil prévoient, en effet, la demande d'aliments.

Bien que, le plus souvent, on ne fasse allusion qu'à la pension allouée à la femme, rien ne s'oppose

à ce que, dans certaines circonstances, le mari lui-même puisse en obtenir une.

L'importance de la pension, d'après les principes applicables en cette matière et énoncés dans l'article 208 du Code civil, doit être proportionnée aux besoins de celui qui la réclame et aux ressources de celui qui la doit, mais les tribunaux, avec juste raison, se sont encore préoccupés pour fixer ce quantum de la dot reçue par le mari (1) ou de l'importance de la communauté (2) ou du régime matrimonial auquel sont soumis les époux. Il a été notamment jugé que la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, dont la fortune est suffisante, comme la femme mariée sous le régime dotal et ayant des biens paraphernaux suffisants, ne pouvait obtenir de pension.

Le juge du fait a, du reste, un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer le quantum de la pension (3).

La pension alimentaire n'a jamais qu'un caractère temporaire et provisoire; son quantum peut subir les mêmes fluctuations que la situation des époux (4),

(1) Sic Angers, 18 juillet 1808, Dall., *Rép.*, *Séparation de corps*, n° 123.

(2) Sic Amiens, 3 pluviôse an XIII, Dalloz, *Séparation de corps*, n° 159.

(3) Civ., 30 août 1864, D. P. 65, 1, 69.

(4) Sic Trib. Bruxelles, 21 novembre 1848.

et même, si l'époux débiteur devient sans ressources après qu'un jugement définitif a fixé la pension, cet époux peut se refuser à la payer, sans que son conjoint puisse lui opposer l'exception de la chose jugée. C'est ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour d'Orléans en date du 3 avril 1889, que nous croyons devoir rappeler ici, car il résume toutes les règles qui dominent la matière :

« La Cour,

« En ce qui touche la pension alimentaire,

« Attendu que l'appelante prétend que le jugement du 13 juin 1888 qui a fixé à 40 francs par mois le chiffre de la pension alimentaire ayant acquis l'autorité de la chose jugée, il ne saurait être apporté aucune modification à la quotité de cette pension pendant l'instance en séparation de corps.

« Mais attendu que les provisions alimentaires n'ont pas un caractère définitif, qu'elles sont par leur nature même variables et intermittentes, que l'article 208 du Code civil les subordonne aux besoins de celui qui les réclame et à la fortune de celui qui les doit ; qu'il résulte de l'article 209 du même Code que les parties ont le droit, à toute époque, d'en demander la modification si leur situation a changé ; qu'il n'existe aucun motif pour que le caractère provisoire des pensions alimentaires disparaisse dans une instance en séparation de corps ; que les articles 259 et

268 du Code civil (1) n'ont pas dérogé aux articles 208 et 209 ; que, tout au contraire, ils subordonnent expressément, comme l'article 208, le chiffre de la pension alimentaire aux facultés de celui qui la doit ; qu'il y a au surplus même raison de décider dans ces différents cas et qu'on ne saurait comprendre qu'un époux fut obligé de fournir à l'autre une pension que son changement de fortune le mettrait dans l'impossibilité de continuer.

« Par ces motifs... »

La pension alimentaire est fixée, suivant les différentes phases de la procédure pendant laquelle elle est demandée, soit par le président du tribunal, soit par le tribunal, soit par la Cour. Elle peut être demandée en tout état de cause, même en appel (2).

A partir de quelle époque la pension alimentaire est-elle due ? Il n'existe dans la loi aucune dérogation aux règles ordinaires du droit et de la procédure. Il faut donc en conclure que la pension n'est due qu'à partir du jour où elle est demandée. Elle ne saurait courir du jour de la requête en séparation, ni du jour où la femme a été autorisée à avoir une résidence séparée (3). Il n'y a pas ici à tirer argument contre

(1) Ces articles ont été remplacés par les articles 238 et 240.

(2) Sic Orléans, 26 novembre 1857, D. 61, 3, 441.

(3) Sic Trib. Seine, 22 février 1887 ; *Le Droit* ; rec. pér. Smets, 1887, 225.

nous de ce que nous disons plus haut sur ce qu'il faut entendre par jour de la demande, car la demande en séparation de corps et la demande de pension alimentaire sont absolument distinctes dans leur cause comme dans leur objet, et le sort de l'une n'est nullement lié au sort de l'autre.

Mais est-ce à dire que le juge ou le tribunal chargé de statuer sur une semblable demande ne pourrait en fixer le point de départ à une date antérieure à la demande. « Si la femme justifiait que depuis un jour donné, dit M. Coulon (op. cit., t. IV, p. 287), et par exemple, depuis le jour où elle a été autorisée à vivre séparément, elle n'a pu subsister avec ses propres ressources, aucun principe de droit, nous le croyons du moins, n'empêcherait de fixer à cette date le point de départ de la pension. Les jugements constatent le plus souvent des droits antérieurement acquis et peuvent régler une situation déjà faite. Si la femme a été privée fortuitement des ressources sur lesquelles elle comptait, si une maladie l'a mise dans l'impossibilité de se livrer à l'industrie qui devait la faire vivre, l'équité et l'intérêt légitime des tiers qui ont pu faire crédit à la femme, ne commanderont-ils pas de reporter la naissance de la pension alimentaire au moment même où elle est devenue nécessaire. En résumé, le jour de la séparation provisoire marque le terme au-delà duquel la pension ne saurait jamais remonter. Mais nous

croions que le juge pourrait, à la condition de ne pas dépasser cette limite, fixer à un jour antérieur à la demande en pension, la date à laquelle la nécessité de cette pension s'est fait jour et a créé pour l'autre époux l'obligation de la servir. »

Pourquoi, du reste, le juge n'aurait-il pas ce droit lorsqu'il est saisi d'une demande en séparation de corps, si l'on admet, comme l'ont fait de nombreux arrêts, qu'une simple séparation de fait peut donner lieu au paiement d'une pension alimentaire : « Attendu en droit, dit un arrêt de la Cour d'Aix du 17 février 1871, que si la femme qui vit volontairement séparée de son mari n'est pas recevable à former contre lui une demande en paiement d'une pension alimentaire, ce principe ne saurait être appliqué lorsqu'il est établi que le mari a chassé sa femme du domicile conjugal et qu'il refuse de lui payer une pension pour fournir à ses besoins ; que dans ce cas il doit, conformément aux dispositions de l'article 214 du Code civil, pourvoir, selon ses facultés et son état, à l'entretien de sa femme ; qu'il ne pourrait d'ailleurs se soustraire à cette obligation sous le prétexte que la femme aurait dû former préalablement une demande en séparation de corps ; qu'une pareille demande est quelquefois un droit pour un époux, mais qu'elle n'est jamais un devoir (1). »

(1) Sic Aix., 17 février 1871. D. P. 72, 2, 64. — Bordeaux, 3 fé-

Si donc la femme, à qui le domicile conjugal est refusé, avait, pour des motifs divers, reculé un certain temps devant le scandale public d'une séparation de corps judiciaire, nous ne verrions aucun obstacle à ce que le tribunal saisi de la demande en séparation de corps et d'une demande d'aliment rétroactive fixe le point de départ de la pension alimentaire à une date antérieure non-seulement à la demande, mais à l'instance elle-même. Nous avons dit plus haut ce que nous pensons de l'argument qu'on prétend tirer de l'adage *Nemo vivit in præteritum*. Nous n'y revenons pas.

Arrivons maintenant aux moyens d'exécution qui s'ouvrent à la femme ou au mari pour obtenir le paiement de la pension qui leur est allouée.

L'époux débiteur refuse, je suppose, le paiement de la pension, quelle action l'autre époux pourra-t-il exercer ? Sans hésitation je répondrai que ce dernier a les droits d'un créancier ordinaire et qu'il pourra saisir tous les biens de son conjoint soit directement par voie de saisie-exécution, soit indirectement par voie de saisie-arrêt entre les mains du débiteur (1).

Mais il peut se faire que le mari, ancien militaire, ne possède pour toute fortune qu'une pension de retraite. La femme, dans ce cas, pourra-t-elle saisir la pension de son mari.

vrier 1853, D. P. 54, 2, 40. — Contra Bordeaux, 41 février 1887. *Gaz. Pal.*, 28 avril 1887.

(1) Sic Trib. Seine, 30 avril 1887. *Gaz. Pal.*, 5 mai 1887.

L'article 28 de la loi du 11 avril 1831 sur l'armée de terre et l'article 30 de la loi du 18 avril 1831 sur l'armée de mer déclarent les pensions militaires et leurs arrérages incessibles et insaisissables, excepté dans les circonstances prévues par les articles 203 et 205, c'est-à-dire dans les cas de dettes alimentaires entre père, mère et enfants.

Un jugement du tribunal d'Alby, en date du 28 janvier 1839, confirmé par arrêt de la Cour de Toulouse du 18 janvier 1840 (1), a étendu à l'article 214 les dispositions exceptionnelles applicables aux articles 203 et 205.

C'est avec juste raison, pensons-nous, que cette extension a été faite, bien qu'il s'agisse dans l'espèce d'une disposition exceptionnelle qui doit être interprétée restrictivement. Les raisons qui motivent cette disposition exceptionnelle dans le cas de pensions alimentaires dues par les enfants à leurs parents se retrouvent lorsqu'on envisage l'obligation alimentaire qui incombe au mari à l'égard de sa femme ; l'obligation alimentaire de l'article 214 naît du mariage comme l'obligation alimentaire des articles 203 et 205 naît du mariage et les droits d'une épouse à une pension sont aussi sacrés que ceux d'un père ou d'un enfant.

Cette interprétation extensive de l'article 28 de la loi de 1831 se fonde comme on le voit sur l'attache-

(1) Dalloz, *Rép.*, v^o Pension, n^o 204, note 5.

ment présumé qui relie les enfants aux parents ou l'époux à l'épouse. Mais au cours de l'instance en séparation de corps l'affection, bien loin de se présumer, fait le plus souvent place aux sentiments les plus hostiles. Il n'y a donc plus identité de motifs permettant d'étendre le bénéfice de l'exception et nous devons conclure que les articles 238 et 240 ne fournissent pas à l'époux demandeur en séparation le droit de saisir ce que la loi a formellement déclaré insaisissable. Le législateur de 1831, en n'assimilant pas aux articles 203 et 205 les articles 206 et 207, a manifesté d'une façon précise qu'il entendait faire une différence entre les diverses causes qui donnent lieu au paiement d'une pension alimentaire et si, comme nous le disions tout à l'heure, il a pu ranger sur un pied d'égalité les devoirs résultant de la filiation et ceux résultant de l'union intime des époux, il n'a certainement pas accordé le même intérêt aux obligations qui survivent, après le décès d'un conjoint, entre gendre, belle-fille et beaux-parents et à celles dont peuvent encore être tenus l'un vis-à-vis de l'autre des époux plaidant en séparation de corps (1).

Mais si l'époux créancier de la pension alimentaire a le droit d'exercer toutes les actions d'un créancier ordinaire pour le paiement des termes échus,

(1) Sic Coulon, *Du divorce et de la séparation de corps*, t. IV, p. 293. Smets, *Rec. div.*, année 1887, p. 22. Contrà, Bruxelles, 20 novembre 1886.

il n'est pas en droit de prendre des mesures conservatoires. La créance d'aliments est une créance qui ne prend naissance qu'au fur et à mesure de l'échéance de chaque mensualité et aucune disposition dans la loi ne crée à son profit un régime de faveur. La femme ne pourrait donc former de saisie-arrêt ou demander la nomination d'un sequestre pour s'assurer le recouvrement des mensualités non échues (1).

« Considérant, dit un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 mai 1887, que la créance alimentaire ne devient exigible qu'à l'expiration de chaque mensualité ; qu'elle n'est rien qu'une créance conditionnelle et à termes successifs à la sureté de laquelle il n'échet de consacrer une mesure exceptionnelle portant atteinte au droit de propriété du débiteur. »

Il faudrait cependant excepter le cas où le mari se rendrait coupable d'un dol ou d'une fraude tendant à faire disparaître le gage naturel et le droit commun de la créancière, car la femme pourrait être en droit de faire ordonner que le mari fournira une caution en vertu de l'article 2040 du Code civil (V. le même arrêt) (2).

Il nous reste à examiner quelle est exactement

(1) Sic Paris, 26 mai 1887. *Gaz. Pal.*, 13 et 19 juillet 87.

(2) Sic Trib. Seine, 5 août 1887. *Le Droit*, 6 août 1887.

la nature de la pension allouée au cours de l'instance si elle est simplement provisionnelle ou alimentaire et si par conséquent il doit ou non en être tenu compte au moment de la liquidation de la communauté.

La loi ne s'explique pas sur le point de savoir qui devra supporter définitivement, lors de la liquidation, les sommes reçues par la femme au cours de l'instance. Les travaux préparatoires sont muets sur cette question ou plutôt l'intérêt de la question ne semble pas avoir été suffisamment compris ou précisé. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely demande si la pension devait être prise sur la communauté ou sur les biens personnels du mari. La réponse suivante fut faite par Tronchet, elle ne répond pas à la difficulté : « L'esprit de l'article étant d'assurer à la femme une pension alimentaire, cette pension sera prise indistinctement sur les revenus de la femme ou sur ceux du mari, en un mot sur tous les biens qui pourront la fournir. »

Nous devons donc rechercher quel peut avoir été l'intention du législateur à cet égard.

En vertu de principe de la rétroactivité du jugement de séparation de corps, la communauté est censée dissoute depuis le jour de la demande ; la liquidation qui s'opère après le jugement est basée sur les droits des époux au jour de la demande, le patrimoine des époux est réputé prendre à cette date une existence propre, les accroissements dont chacun d'eux est susceptible, ou les revenus qu'il produit

appartiennent exclusivement à celui qui en est titulaire ; il semble donc équitable que toutes les dépenses faites depuis cette époque incombent à celui qui les fait.

D'autre part le lien conjugal n'est pas encore dissous et l'obligation de secours mutuel subsiste ; d'où il résulte que si les ressources de la femme sont insuffisantes il incombera à son conjoint de lui fournir des aliments sans aucune répétition ; la pension revêtira donc dans ce cas le caractère alimentaire ; elle ne sera au contraire que provisionnelle et imputable sur l'émolument de la femme dans la liquidation si cet émolument est suffisant pour assurer à la femme son existence.

Ce système, on le voit, a pour point de départ l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps et c'est ce qui explique qu'à une époque antérieure à la loi de 1886, époque à laquelle on discutait encore sur ce principe, la jurisprudence ait à plusieurs reprises consacré une théorie différente. Se basant sur l'article 1409 du Code civil aux termes duquel « la communauté se compose passivement... 5° des aliments des époux... » la Cour d'Orléans avait jugé que la pension versée par le mari était une charge de la communauté et devait s'imputer sur l'excédent d'actif que présente la communauté avant tout partage (1).

(1) Sic Orléans, 27 décembre 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 480.

Mais cette opinion paraît avoir été depuis complètement abandonnée et la jurisprudence se prononce d'une façon très précise en faveur du système que nous soutenons. Resterait cependant un point à fixer : la pension doit-elle être retenue à la femme lors de la liquidation sur l'émolument qu'elle est appelée à recueillir quelle que soit la composition de cet émolument, ou seulement sur la part de cet émolument représentant l'intérêt de ses reprises au cours de l'instance ; en d'autres termes le caractère alimentaire ou provisionnel de la pension est-il subordonné à l'importance des revenus de la femme.

La Cour de cassation appelée à statuer à deux reprises sur la nature de la pension allouée à la femme au cours de l'instance, paraît ne pas avoir envisagé l'intérêt de la question, car ses deux décisions consacrent successivement l'une et l'autre des solutions que comporte notre problème.

« Attendu, dit la Cour dans un premier arrêt, que le sort de la pension alimentaire accordée à la femme pendant l'instance en séparation de corps, dépend du résultat de la liquidation de la communauté et qu'elle doit être considérée comme une avance imputable sur ce qui revient à la femme d'après cette liquidation ; que celle-ci en doit donc le rapport lorsqu'elle trouve dans la dite liquidation un *émolument* égal ou supérieur à ce qu'elle a ainsi touché à titre provisoire ;

« Attendu que la pension de 1,000 francs par mois accordée à la dame d'Audigné, pendant l'instance par l'arrêt du 21 février 1883, n'était autre chose qu'une provision alimentaire dans les termes de l'article 268 du Code civil ;

« Attendu qu'il a été constaté par l'arrêt attaqué que l'*émolument* attribué à la dame d'Audigné par la liquidation est au moins égal aux arrérages par elle touchés de ladite provision ; que dès lors en imputant sur ses *reprises* les arrérages de la pension que son mari lui a servie pendant l'instance avec les intérêts depuis le jour de la demande, l'arrêt attaqué n'a violé ni les principes ni les textes invoqués dans le pourvoi. Rejette, etc. (1). »

Il semble bien résulter de cet arrêt que la Cour de cassation considère la pension alimentaire comme une avance qui doit s'imputer sur les reprises de la femme, dut cette imputation absorber la totalité de son émolument dans la liquidation. Au contraire dans un arrêt postérieur la Cour semble dire que cette imputation ne devra s'opérer que jusqu'à concurrence des intérêts des reprises.

« Attendu, dit-elle dans ce second arrêt, que l'arrêt attaqué constate que la pension alimentaire de 350 francs par mois allouée à la dame Vidoudez par le jugement du 9 juillet 1884, a été fixée pour

(1) Cass., 22 juillet 1889 ; *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 370 ; D. 90, 4, 421.

les dépenses de la mère et pour celles que pourrait nécessiter la garde de la fille confiée à ces soins. — Attendu qu'il déclare ensuite que la somme de 8,178 fr. 36 touchée par ladite dame au cours de l'instance, depuis le 4 août 1883 jour de la demande jusqu'au 1^{er} décembre 1885 jour du jugement prononçant le divorce, a été employée pour les besoins de la femme et de l'enfant, et qu'elle est couverte pour partie par les *intérêts des reprises*. — Attendu d'autre part que cette appréciation des éléments du compte est souveraine ; que d'autre part elle est juridique puisqu'elle compense jusqu'à due concurrence les *intérêts* des reprises dues à la femme par le mari, depuis le jour de la demande avec la partie de la pension alimentaire afférente aux besoins de la femme (déduction faite de celle afférente aux besoins de l'enfant), et de laquelle seulement la femme doit compte à partir de cette époque... Qu'il suit de là que l'arrêt attaqué a rejeté à bon droit la demande de Gilbert tendant au rétablissement à la masse active de la somme de 8,178 fr. 36 touchée à titre de provision alimentaire au cours de l'instance en divorce par la dame Gilbert ;

« Par ces motifs, rejette, etc. (1). »

En l'absence de raisons fournies par la Cour de cassation à l'appui de ce second système, nous ne

(1) Cass. 7 janvier 1890, D. 1891, 1, 256.

voyons sur quels motifs peut se baser la distinction entre le capital et les revenus de la femme. Si, comme le dit elle-même la Cour de cassation, la pension alimentaire n'est qu'une avance faite par le mari à la femme au cours de l'instance nous ne voyons pas pourquoi le mari ne récupérerait pas le montant de cette avance, aussi bien sur le capital que sur les intérêts. Si de ce fait l'intégralité des reprises de la femme se trouve absorbée il sera loisible à la femme de former pour l'avenir une demande de pension alimentaire en se fondant sur l'article 214 du Code civil (1).

Le principe se trouve ainsi nettement précisé : la femme demanderesse en séparation de corps doit avant tout vivre sur ses ressources personnelles, et l'obligation pour le mari de subvenir à ses besoins n'est que subsidiaire et subordonnée à l'insuffisance de ses ressources. De là des conséquences essentielles : cette obligation alimentaire pèse sur le mari d'une façon définitive si la femme n'a aucune ressource ; elle ne le grève en aucune façon, pas même de façon provisoire, si la femme a des ressources suffisantes ; enfin dans l'hypothèse intermédiaire où la femme, sans avoir de ressources actuelles, a des ressources éventuelles comme celle que lui procu-

(1) Cour de Rennes, 21 juin 1841, *D. Rep. alph.* V^o Contrat de mariage, n^o 1915.

rera son émolument dans la communauté, l'obligation alimentaire ne pèse sur le mari que provisoirement à titre d'avance remboursable le jour où par la liquidation de la communauté des ressources se trouveront advenues à la femme. Dans ce cas la femme devra le remboursement de cette avance au moyen d'une retenue sur la part lui advenant et ce, soit en totalité si cet émolument suffit, soit en partie dans le cas contraire (1).

(1) Sic Dalloz, 90, 1, 421. Note.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LEURS ENFANTS.

§ 1^{er}. — De la jouissance légale (art. 386).

Aux termes de l'article 386, « cette jouissance (l'usufruit légal du père ou de la mère sur les biens de leurs enfants) n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé ».

Cet article peut-il avoir une influence sur les droits des époux nés au cours de l'instance en séparation de corps ? Pour préciser notre question, celui des époux qui aura obtenu la séparation de corps percevra-t-il les revenus des biens des enfants échus au cours de l'instance, ou le droit du père auquel cet usufruit est réservé durant le mariage ne sera-t-il pas modifié par la solution de l'instance ?

Comme on le voit, il n'y aurait pas là un effet direct de l'instance en séparation, mais une conséquence de l'effet rétroactif du jugement.

Mais avant de savoir si la rétroactivité du jugement produit ici son effet, il importe de prendre parti sur cette question préjudicielle : l'article 386 est-il applicable à la séparation de corps ?

Au premier aperçu, la logique voudrait, ce semble, qu'il en fût ainsi. En général, les peines prononcées contre l'époux qui a donné lieu au divorce sont étendues à celui contre lequel la séparation de corps a été prononcée. Or, la privation de l'usufruit légal est une peine édictée dans le même esprit que la privation des avantages matrimoniaux ; il semble donc que la privation de l'usufruit légal doit suivre la même règle. Cette raison d'analogie paraît suffisante à M. Coulon, qui déclare, sans hésiter, l'article 386 applicable à la séparation de corps.

M. Delvincourt (t. 1, p. 97, note 9) avait aussi adopté cette opinion, mais il faut bien reconnaître qu'il ne fournit aucune raison à l'appui de sa thèse ; il affirme et se borne à chercher les conséquences de son affirmation.

Le système contraire se base, au contraire, sur des considérations sérieuses, et nous pensons devoir nous y rallier. L'article 384, dit-on tout d'abord, aux termes duquel le mari, « durant le mariage », a la jouissance légale, conserve ici toute sa vigueur, puisque la séparation de corps ne dissout pas le mariage. L'argument paraît décisif à M. Demolombe. « L'article 386, dit cet auteur, ne prononce, en effet,

cette déchéance que pour le cas de divorce, et il est d'autant moins permis de l'étendre à la séparation de corps que les motifs sont loin d'être les mêmes. La séparation de corps, si regrettable toujours, sans doute, pour les enfants, ne leur cause pourtant pas, à beaucoup près, le même tort que le divorce, qui donnait à chacun des père et mère le droit de se remarier (1). »

M. Baudry-Lacantinerie adopte le même système et se borne à rappeler qu'il s'agit là d'une peine qui ne peut être étendue d'un cas à un autre. *Pœnaliam non sunt extendenda* (2).

M. Dalloz s'appuie sur le silence même de l'article 386 qui ne vise expressément que le divorce ; ce silence, d'après lui, est d'autant plus significatif que dans toutes les circonstances où le législateur a assimilé la séparation de corps au divorce, en dehors du titre qui leur est propre, il n'a jamais omis de les énoncer l'une et l'autre. (Art. 1452-1518) (3).

Et cet argument nous semble concluant : On comprend que l'article 302 inséré spécialement dans le titre du divorce, ne parle pas de la séparation de corps et le silence du législateur dans cette circonstance n'est pas suffisant pour décider que cet article est inapplicable à la séparation de corps ; mais l'article 386,

(1) Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, p. 603.

(2) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, p. 565.

(3) Dalloz, *Rep. Sép. de corps*, n° 399.

qui fait l'énumération des cas dans lesquels le père cesse d'avoir droit à l'usufruit légal, en ne parlant pas de la séparation de corps, indique de la façon la plus nette qu'il n'y a pas ici d'assimilation possible entre la séparation de corps et le divorce.

Le système opposé présente en outre une autre difficulté : que la séparation de corps soit prononcée contre le mari, à qui appartiendra la jouissance légale ? A la mère ? mais l'article 384 s'y oppose, puisque la mère n'est appelée à la jouissance légale qu'au cas de prédécès du mari. Aux enfants ? mais c'est encore violer l'article 384 et c'est de plus faire aux enfants un déplorable titre d'acquisition.

Cette dernière raison, il faut l'avouer, a une bien faible portée, car l'article 386 présente les mêmes inconvénients dans son application au divorce ; elle pourrait justifier une critique contre la disposition elle-même, mais elle ne nous paraît pas fournir un argument sérieux en faveur du système qui considère l'article 386 comme inapplicable à la séparation de corps.

Quoiqu'il en soit, nous pensons devoir nous rallier à l'opinion presque universellement adoptée, et considérer que l'article 386 est inapplicable à la séparation de corps. Le mari conserve donc, malgré toute son indignité, le droit à l'usufruit légal de ses enfants. Il appartiendra au juge de pallier ce que cette faveur peut renfermer de choquant et d'injuste en

augmentant le chiffre de la pension à servir à la femme pour l'éducation des enfants.

Il devient donc inutile de rechercher quels pourraient être les effets de la rétroactivité du jugement en semblable matière.

§ II. — De la survenance d'enfants au cours de l'instance.

La situation des enfants nés au cours de l'instance en séparation de corps est régie par l'article 313 du Code civil, modifié par les lois des 6 décembre 1850 et 18 avril 1886. Les paragraphes deux et trois de cet article sont ainsi conçus : « En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. — L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Les enfants nés au cours de l'instance sont donc, suivant la présomption « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* », les enfants du mari, mais celui-ci a la faculté de les désavouer si leur conception se place à une époque postérieure à la demande et antérieure au rejet de celle-ci. La présomption de lé-

gitimité fait place alors à la présomption contraire. Le désaveu est péremptoire, et il ne reste à la femme pour se sauver de la honte à laquelle il l'expose, que le droit d'établir qu'il y a eu une réunion de fait entre elle et son époux.

Cette interprétation paraît aujourd'hui définitivement admise ; aussi n'aborderons-nous pas la thèse contraire soutenue avec succès devant la Cour d'Amiens ; les adversaires de notre opinion, se basant sur les travaux préparatoires, la rédaction primitive du projet de la loi de 1850 et principalement sur cette idée qu'avant le jugement, la faute de la femme ne peut être présumée, soutenaient que la faculté accordée au père de désavouer l'enfant ne pouvait être considérée comme une présomption de l'adultère de la femme, mais créait un cas nouveau de désaveu (1).

Ce système qui ne saurait se soutenir sans accuser les rédacteurs définitifs de la loi de 1850 d'avoir faussé la pensée et les intentions de l'Assemblée législative est tellement en contradiction avec les termes même du Code civil, que nous croyons pouvoir nous borner dans ce travail auquel ne se rattache qu'indirectement la question, à renvoyer aux nombreuses décisions ou autorités qui en ont fait bonne justice.

(1) Sic Amiens, 30 juin 1853 (Sirey, 54, 2, 81). — Marcadé, art. 313, n° 4, 5^e éd., p. 42. — Contrà, Paris, 18 février 1854. S. 54, 2, 87. — Cass., 19 août 1872, P. 73, 156. D. 73, 1, 479. — Aubry et Rau, t. 6, § 543, p. 47. — Demolombe, Pat. et fil, n° 55.

§ III. — De la garde des enfants.

Pour traiter cette question il faut distinguer trois périodes, la première qui commence du jour de la tentative de conciliation devant le juge ; la seconde, qui part du moment où le tribunal est saisi de la demande principale, et la troisième qui s'ouvre au jour où le jugement prononçant la séparation de corps est rendu.

Le juge, pendant la première période, le tribunal, pendant la seconde, ont un pouvoir absolu et rien ne limite leur choix de la personne qui doit être chargée de la garde des enfants ; ce sera, suivant les circonstances, le père ou la mère ou même une tierce personne. L'article 240 applicable à la séparation de corps ne se préoccupe que de l'intérêt des enfants. Mais si l'intérêt des enfants n'impose pas telle mesure plutôt que telle autre nous estimons que le juge ou le tribunal devra s'inspirer de l'article 373 aux termes duquel le père seul exerce son autorité durant le mariage. Comme ici il n'y a pas dissolution du mariage, les juges ne doivent ôter au mari la prérogative que lui confère l'article 373 qu'autant que l'intérêt des enfants l'exige.

La question est plus délicate en ce qui concerne la dernière période et la difficulté provient de ce que l'article 302 dispose que les enfants seront confiés à

l'époux qui a obtenu le divorce, et que certains auteurs et la jurisprudence considèrent cet article comme applicable à la séparation de corps.

Les juges sont-ils sous la dépendance absolue de cet article et doivent-ils confier les enfants à la garde de l'époux qui a obtenu la séparation de corps, ou conservent-ils ce pouvoir discrétionnaire que nous leur reconnaissons plus haut, de confier à qui bon leur semble la garde des enfants ? C'est là une question sur laquelle les auteurs et la jurisprudence sont loin d'être d'accord. Remarquons cependant que la divergence est plus théorique que pratique, car, en fait, comme on va le voir, les tribunaux demeurent libres de confier à qui bon leur semble les enfants issus du mariage.

Dans un premier système on a soutenu que l'article 302 contenant une déchéance de la puissance paternelle et dérogeant au droit commun écrit dans l'article 373 ne pouvait être étendu d'un cas à un autre, du divorce à la séparation de corps ; la conséquence logique de ces prémices eut été que le mari même coupable ne pouvait être privé de la garde de ses enfants, mais les auteurs ont reculé devant cette conséquence contraire à la morale et à l'intérêt des enfants, et ont reconnu aux tribunaux, comme une concession nécessaire, le droit de confier à la mère la garde des enfants.

La jurisprudence au contraire, avec certains au-

teurs, a admis sans hésitation l'application de l'article 302 à la séparation de corps ; elle se base exclusivement sur l'identité des motifs (1).

M. Coulon (2) qui est partisan de ce système, trouve une raison de plus de décider dans l'assimilation complète faite par la loi de 1893 entre le divorce et la séparation de corps. Nous avouons que ce dernier argument est loin de nous convaincre et nous nous étonnons presque de le trouver sous la plume d'un auteur aussi sérieux. Est-ce résoudre le problème que de supposer la question tranchée à l'avance ? Ce que nous demandons précisément, c'est de savoir si, sur ce point spécial de la garde des enfants, le législateur a eu l'intention d'assimiler la séparation de corps au divorce.

Le premier de ces systèmes nous paraît entaché d'un certain illogisme puisqu'il invoque dans certains cas l'article 302 qu'il repousse en principe ; le système de la jurisprudence fait de son côté bien peu de cas des règles admises en matière d'interprétation en étendant d'un cas à un autre une disposition restrictive. Aussi nous rallierons-nous à l'opinion de M. Curet qui soutient le même système que Zachariæ et Demante, mais par un raisonnement, nous semble-t-il, beaucoup plus juridique ; voici en quels termes :

(1) Cass. 22 janvier 1867, S. 1867, 212 — Trib. Lille, 26 janvier 1888. *Gaz. Pal.*, 22 avril 1888.

(2) Coulon, de la séparation de corps, t. 5, p. 52.

« Les principes juridiques nous paraissent s'opposer à l'extension de l'article 302. En cas de divorce, lorsque le mariage est dissous, lorsque le père perd de plein droit l'exercice exclusif de la puissance paternelle que la loi ne lui confère que durant le mariage, on comprend que la loi se soit préoccupée du point de savoir ce que deviendront les enfants, et on comprend en même temps qu'ayant à choisir entre les deux époux, elle ait choisi précisément, pour avoir la garde des enfants, celui qui a obtenu le divorce. Mais en cas de séparation de corps, le mariage subsiste et partant le père conserve l'exercice de la puissance paternelle ; l'en priver serait le frapper d'une véritable déchéance, et toute déchéance doit être écrite dans la loi. Or, nous ne trouvons au chapitre de la séparation de corps aucune disposition analogue à celle de l'article 302.

« Est-ce à dire que la loi ne se soit pas préoccupée du sort des enfants ? Mais le sort des enfants était assuré par les règles mêmes du droit commun. Ils seront confiés au père qui conserve, durant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle. Si le père est indigne, si l'intérêt des enfants exige qu'ils ne soient pas laissés au père, le tribunal y pourvoira sur la demande de la mère. Et qu'on ne dise pas comme le fait M. Laurent (*Principes de droit civil*, t. III, n° 350), qu'il n'est pas de texte, pas de principe qui permette au juge de modifier la puissance

paternelle telle que la loi l'organise et que, dans tous les cas, c'est au père, fut-il coupable, que les enfants doivent être confiés. Mais ce principe, nous le trouvons non pas posé, mais rappelé dans l'article 303 ; les époux ont respectivement le droit de surveiller l'éducation des enfants, la mère aussi bien que le père. Or, ce droit de surveillance ne serait-il pas illusoire, si la mère ne pouvait demander aux tribunaux de le sanctionner. Le juge n'a-t-il pas, pendant l'instance en séparation, aussi bien que pendant l'instance en divorce, le pouvoir d'ordonner toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants (art. 240), alors même que ces mesures seraient de nature à porter atteinte aux droits du père ? Et ce pouvoir du tribunal de se préoccuper de l'intérêt des enfants, comprendrait-on qu'il cessât, parce que la séparation de corps a été prononcée (1). »

Ce système a, du reste, depuis plusieurs années, été confirmé par les lois relatives à la déchéance de la puissance paternelle (24 juillet 1889) et au consentement au mariage (20 juin 1896).

La première de ces lois, en multipliant les cas dans lesquels la puissance paternelle peut être retirée aux parents et en autorisant les tribunaux à la confier à la mère (art. 9) a fait une large brèche au principe de l'article 373. Si le père peut être privé

(1) Curet, *Code du divorce et de la séparation*, 2^e édition, p. 338.

de la puissance paternelle, à plus forte raison la garde des enfants, qui n'est qu'un attribut de cette puissance, peut-elle lui être retirée.

L'argument de texte que fournit l'article 152 du Code civil, modifié par la loi du 20 juin 1896, est encore plus probant en faveur du système que nous soutenons, car il prévoit expressément le cas où la garde des enfants a été confiée à la mère après la séparation de corps. « S'il y a dissentiment entre les parents divorcés ou *séparés de corps*, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation de corps aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira. » En d'autres termes, si la femme a obtenu la séparation de corps, elle pourra consentir seule au mariage de ses enfants, à la condition que la garde lui en ait été confiée. Cette garde peut donc lui être confiée non seulement après le divorce, mais même après la séparation de corps.

Nous disions, en abordant cette discussion, qu'elle n'offrait qu'un intérêt théorique. Ne voit-on pas, en effet, que, quelque système qu'on adopte, les juges ne sont jamais contraints de confier au mari coupable la garde des enfants, puisque, dans un système, les défenseurs de l'article 373 admettent que les juges ont un pouvoir discrétionnaire et ne sont jamais obligés de confier les enfants à celui des époux qui a obtenu la séparation, et puisque, d'après l'autre

système, l'article 302, par les réserves qu'il contient, permet aux tribunaux de rendre des jugements en fait qui ne tombent pas sous la censure de la Cour de cassation.

Observons, en terminant, que ces mesures ne sont jamais que provisoires et qu'elles peuvent toujours être modifiées (art. 238, § 5) (1) et qu'il n'existe aucune corrélation entre le droit de garde, la surveillance des enfants et l'obligation de les entretenir. Que les enfants soient confiés au père, il ne s'ensuit pas que, seul, il puisse surveiller leur éducation ou que, seul, il doive supporter les frais de leur entretien. Ce sont là droit et obligation écrits dans la loi naturelle, et puisque le Code les a rappelés dans l'article 303 et a déclaré qu'ils survivaient à la dissolution du mariage résultant du divorce, à plus forte raison l'instance en séparation de corps n'y porte-t-elle pas atteinte (2).

(1) Cass. 25 août 1884. *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 723. Cass. 1^{er} août 1883, S. 1884, 1, 116. — Lille, 26 janvier 1888. *Gaz. Pal.*, 22 avril 1888.

(2) Sic Paris, 12 décembre 1891. *Gaz. Pal.*, 92, 1, 383.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE EN SÉPARATION DE CORPS SUR LES RAPPORTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX SOIT ENTRE EUX, SOIT AVEC LES TIERS.

Dans la première partie nous avons traité des rapports personnels des époux entre eux ou avec leurs enfants ; dans cette seconde partie nous voudrions nous occuper spécialement de la situation dans laquelle l'instance en séparation de corps place les époux au point de vue de leurs biens.

Avant cependant d'examiner ce que deviennent les biens, par qui ils sont administrés, qui peut les aliéner, à qui en appartient la jouissance, ou à qui ils sont dévolus au cours de l'instance, nous croyons utile de faire précéder cette étude d'un chapitre spécial réservé à la capacité de la femme et aux mesures provisoires qui modifient de ce chef sa condition.

Nous traiterons dans un second chapitre des rapports pécuniaires des époux entre eux, et enfin dans un dernier chapitre des rapports pécuniaires des époux avec les tiers.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LA CAPACITÉ DE LA FEMME.

La femme mariée est rangée dans le Code civil parmi les incapables (art. 1124).

Quelle est la nature de cette incapacité ? Il n'est plus aujourd'hui question de cette opinion qui considérait la femme comme incapable en tant que femme. Notre siècle, qui pourrait s'appeler le siècle de l'émancipation de la femme, a tout d'abord fait bon marché de cette vieille institution qui s'appelait la tutelle perpétuelle des femmes. La Suède, la Norvège, la Suisse ont les dernières aboli ce qui pouvait en subsister.

En dehors du mariage la femme jouit donc au point de vue civil de la même capacité que l'homme, et le sexe n'exerce plus d'influence sur cette capacité ; je ne parle pas des restrictions des droits de tutelle et de correction ; ces différences entre la situation de la femme et celle de l'homme tendent à disparaître et une loi, encore toute récente, a déjà supprimé l'incapacité de la femme d'être témoin dans les actes de l'état civil.

Au contraire la femme mariée est incapable en principe. D'où provient cette incapacité? A-t-elle pour cause l'*imbecillitas* dont parle les Romains, mais alors pourquoi la femme non mariée est-elle capable. Est-elle au contraire purement conventionnelle et n'a-t-elle d'autre but que de placer la femme sous la domination du mari? Et la question n'est pas sans intérêt, car, dans le premier cas, l'autorisation maritale apparaîtrait comme une protection accordée à la femme, et dans le second comme un hommage rendu à l'autorité maritale, d'où ces conséquences inverses, que, dans le premier cas, le défaut d'autorisation pourrait être invoqué par la femme et, dans le second, par le mari seul.

Il est assez difficile de déterminer la véritable pensée du législateur français. Placé en présence de deux législations différentes, le droit romain qui n'engendrait aucune différence entre la fille et la femme mariée et les coutumes qui, avant 1789, avaient proclamé la nécessité, pour la femme, de l'autorisation maritale, les rédacteurs du Code ont cédé à leur double influence.

Les articles 215 et 217 établissent l'incapacité de la femme mariée. Cette incapacité consiste dans la nécessité d'obtenir l'autorisation du mari ou l'autorisation de la justice pour contracter valablement.

En principe, cette incapacité est indépendante des régimes matrimoniaux sous lesquels les époux peu-

vent être placés, soit en vertu de leur contrat, soit par le défaut de contrat ; seulement le régime matrimonial détermine ceux des droits que la femme conserve.

Pour n'en citer qu'un exemple, la femme mariée sous le régime de séparation de biens est incapable, comme toute femme mariée, mais par le fait du régime matrimonial adopté par elle, elle se réserve le droit d'administrer ses biens sans le concours de son mari.

La séparation de corps entraînant de son côté un relâchement dans les liens conjugaux et modifiant profondément les conventions matrimoniales, il s'en suit que, pour se rendre compte des effets que produit l'instance en séparation de corps sur la capacité de la femme, il faudrait considérer celle-ci sous les divers régimes matrimoniaux auxquels elle peut être soumise. Mais pour ne pas entrer ici dans tous les détails que comporterait l'examen de ces différents régimes, prenons la femme mariée incapable, ce qui sera le cas le plus général en France, supposons-la soumise à l'obligation de recourir à l'autorisation maritale et voyons quelle va être l'influence de l'instance en séparation de corps sur sa capacité.

La situation de la femme séparée de corps a été déterminée de la façon la plus nette par la loi du 6 février 1893. Aux termes de l'article 314, alinéa 3, du Code civil : « Elle (la séparation de corps), a en outre pour effet de rendre à la femme le plein exercice de

sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice. »

Rien de plus formel : le lien conjugal est à ce point de vue, détruit de la façon la plus absolue ; plus d'autorisation maritale ; la femme est personnellement habile à passer tous les actes, et l'incapacité que le mariage avait créée a absolument disparu. La femme, au point de vue de sa capacité, a reconquis la liberté dont elle jouissait avant son mariage.

Mais est-ce seulement le jour où le jugement de séparation de corps est devenu définitif que la femme retrouve cette liberté d'action et que la validité de ses actes n'est plus subordonnée à l'octroi d'une autorisation maritale ?

Il faut observer, avant toute discussion, qu'admettre ici l'affirmative équivaldrait à rendre impossible à la femme l'accomplissement d'aucun acte ou l'astreindre à demander dans la majeure partie des cas l'autorisation de justice. Qu'attendrait-elle de la bonne volonté d'un mari avec lequel elle est en procès, dont elle dévoile au public les travers et l'inconduite ? L'obliger d'autre part, en cas de refus injustifié de la part du mari, à recourir en toutes circonstances aux tribunaux pourrait être pour elle la cause de retards préjudiciables et même la mettre dans la nécessité de renoncer à une opération avantageuse en raison du temps qu'il lui faudrait pour obtenir l'autorisation de justice.

La loi n'a donc pu de prime abord consacrer un pareil système. Voyons ce qu'elle a fait.

Un système qui trancherait sur ce point toute difficulté consisterait à dire que par le fait de la demande en séparation de corps la femme redevient capable, et que la valeur de ses actes n'est plus subordonnée qu'au résultat de l'instance. Il suffirait de soutenir que l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps se produit dans le cas qui nous occupe. Les termes précis et généraux de l'article 252 du Code civil serviraient d'appui à ce système. Mais nous avons vu qu'il ne fallait pas prendre à la lettre les termes de l'article 252, et que les travaux préparatoires et spécialement la déclaration de M. Labiche au Sénat ne permettaient pas une semblable interprétation.

Ajoutons que la disposition des articles 238 § 4, en précisant la nature des actes que la femme peut faire sans avoir à recourir à une autorisation spéciale, semble refuser à la femme une capacité pleine et entière.

Voici en effet dans quels termes s'exprime l'article 238 : « Par le fait de cette ordonnance (la seconde), la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites. »

La femme peut donc prendre toutes les mesures

conservatoires, et cela sans autorisation nouvelle et spéciale ; nous verrons plus loin quelle est exactement la portée de cette disposition.

Observons dès à présent que le système se fondant sur la rétroactivité du jugement de séparation de corps présenterait par lui-même de graves inconvénients pratiques, et qu'il ne répondrait que très imparfaitement au but poursuivi. Ce que nous demandons pour la femme, c'est que l'exercice des actions qui l'intéressent ne soient pas paralysé par la nécessité pour elle de demander l'autorisation de son mari. Or, si l'on fait dépendre sa capacité d'un jugement dont le résultat n'est que très rarement certain, qu'arrivera-t-il ? C'est que la femme sera capable sous une condition suspensive, que ses actes ne seront valables que si la séparation de corps est prononcée ; les tiers, dans ces conditions, hésiteront à traiter avec la femme. D'autre part, si la femme demande l'autorisation de compromettre soit au mari, soit au tribunal, l'un ou l'autre pourra lui répondre : mais vous êtes capable et notre autorisation vous est superflue. Il s'en suivrait qu'en voulant protéger la femme on aurait au contraire empiré sa situation.

Devant cette difficulté, que pouvait faire le législateur ? Accorder à la femme dès sa demande en séparation de corps une capacité absolue et complète ? Il eut ainsi provoqué l'éclosion d'un nombre incalculable

lable de demandes en séparation de corps dont le seul but eut été de fournir à la femme une capacité momentanée et il eut facilité aux époux une entente et une complicité des plus dangereuses pour tromper les tiers.

En face de ces inconvénients, auxquels il n'était possible de remédier, le législateur a laissé la femme sous l'autorité maritale pour l'accomplissement de tous les actes de nature à entraîner pour elle une obligation, au risque de la priver de certaines occasions de s'enrichir, mais il lui a donné les moyens de défendre ses droits sans avoir à recourir à une autorisation spéciale.

Voyons quels sont ces moyens.

Dès la première ordonnance la femme peut, avec l'autorisation du juge donnée à charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, requérir l'apposition des scellés, faire des saisies-arrêts, etc. Le mot « notamment » contenu dans l'article 242 indique suffisamment que l'apposition des scellés n'est citée qu'à titre d'exemple et qu'il appartient à la femme de recourir à toutes autres mesures de nature à sauvegarder ses intérêts.

Jusqu'à la seconde ordonnance la femme demeure soumise à l'autorisation préalable du juge.

La nécessité de cette autorisation cesse avec la seconde ordonnance.

Nous devons reconnaître que cette opinion n'est cependant pas admise par la plupart des auteurs.

« La première observation à faire sur ce texte, dit M. Huc en commentant l'article 242, c'est que désormais toutes les mesures conservatoires, quel que soit leur but, ne pourront être prises qu'en vertu d'une autorisation de justice.

Cette autorisation de justice pourra émaner :

1° Du président conciliateur dès la première ordonnance ;

2° Du tribunal, à partir du jour où il est saisi ;

3° De la Cour, en cas d'appel ;

4° Du juge des référés au cours du procès. »

D'après M. Huc, par conséquent, à quelque époque que ce soit du procès, la femme doit demander l'autorisation de la justice pour prendre des mesures conservatoires.

Mais n'y a-t-il pas là une contradiction avec le texte de l'article 238, aux termes duquel la femme est autorisée par le fait de l'ordonnance de non-conciliation, à faire toutes procédures pour la « conservation » de ses droits !

Pour nous donc, dès la seconde ordonnance, la femme elle-même devient juge de l'opportunité des mesures à prendre, et l'autorisation qui lui est accordée de suivre sur sa demande en séparation de corps entraîne avec elle l'autorisation de faire sans le concours de son mari ou de la justice, toutes procédures pour la conservation de ses droits et d'ester en justice (art. 238, § 4).

Quel est exactement la portée de cette autorisation ?

Les travaux préparatoires sont muets sur la question.

D'après M. Carpentier, l'étendue de la capacité de la femme est on ne peut plus générale et embrasse indistinctement tous les actes qui ont un rapport direct ou indirect avec le but qu'elle poursuit. C'est dire que la femme pourra accomplir seule et sans avoir besoin de recourir aux formalités de l'article 217, non seulement les actes judiciaires nécessités par l'instance en divorce et cela devant quelque juridiction que ce soit (Cass., 14 mai 1884, S. 85, 1, 61), mais encore tous les actes extra-judiciaires ou de bonne administration qui pourront s'y rattacher d'une façon même incidente. Mais elle restera soumise par contre à l'observation des règles du droit commun pour tout ce qui ne pourra rentrer dans aucune de ces catégories (1).

M. Huc formule à peu près dans les mêmes termes son opinion : En vertu de cette autorisation implicite, la femme peut accomplir seule, non seulement tous les actes judiciaires nécessités par l'instance en divorce, mais encore tous les actes judiciaires ou d'administration pouvant s'y rattacher d'une manière même incidente, mais elle demeure soumise à l'observation des règles du droit commun

(1) Carpentier, art. 238, p. 141, t. 2, n° 73.

pour tout ce qui ne se rattache pas au procès en divorce (1).

M. Coulon (vol. 4, p. 137), adopte l'opinion et les termes mêmes de M. Carpentier, mais il ajoute (t. 3, art. 238), « une autorisation est nécessaire pour suivre une procédure dont la conséquence nécessaire est pour elle une obligation ».

Telle nous paraît, en effet, être la pensée du législateur qui, nous l'avons vu, se trouvait dans la nécessité pratique de limiter la capacité de la femme durant l'instance et, d'autre part, ne pouvait la laisser au cours de cette période sous l'autorité despotique du mari.

Nous concluons de là que la femme n'a plus besoin de recourir dès la seconde ordonnance à l'autorité du juge pour faire apposer les scellés, que si elle est tenu de solliciter l'autorisation du juge pour faire une saisie-arrêt, ce n'est qu'en raison du défaut de titre (art. 558 C. p. c.); qu'elle peut faire saisir et exécuter les meubles de son mari ou les meubles de communauté.

En revanche elle ne pourrait faire saisir les immeubles en raison de l'estimation que tout saisissant doit donner aux immeubles saisis, estimation qui entraîne pour lui l'obligation de prendre les immeubles au prix fixé, s'il ne survient de surenchère.

(1) *Huc, op. cit.*, t. II, p. 342.

« Attendu, dit en ce sens un jugement du tribunal de la Seine en date du 29 mars 1888 (*Gaz. Pal.*, 19, 20, 21 août 1888), que si, aux termes de cet article (238 nouveau du Code civil) la femme autorisée à poursuivre le divorce est par cela même autorisée à faire toute procédure pour la conservation de ses droits, elle ne saurait échapper à l'obligation de demander une autorisation nouvelle pour suivre une procédure dont la conséquence nécessaire est d'entraîner pour elle une obligation ; qu'il en est ainsi de la procédure de saisie immobilière ; que le saisissant est tenu de fixer un prix pour l'immeuble saisi et qu'il doit rester adjudicataire pour le cas où ce prix n'est pas couvert par l'adjudication ; qu'il est certain que la femme ne peut prendre un engagement de cette nature sans y être autorisée par son mari ou à son défaut par le tribunal. »

Pour les mêmes raisons la femme ne peut, sans autorisation, faire une surenchère (1).

On s'est demandé si la femme pouvait faire une opposition en vertu de la loi du 15 juin 1872 sur les titres au porteur dépendant de la communauté.

Le tribunal de Saint-Étienne a répondu négativement à la question par des considérants qui méritent d'être rappelés.

(1) Sic Cass., 14 juin 1824. S. 24, 1, 321. Cass., 14 juin 1843. S. 43, 1, 463. — *Contrà* Bruxelles, 20 avril 1811. S. 1811, p. 482.

« Attendu que pendant toute la durée de la communauté le mari administre seul les biens ; qu'il peut les vendre , aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme et même en disposer à titre gratuit pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (art. 1421 et 1422 Code civ.) ; que la communauté cesse... 5° par la séparation de corps (art. 1441 du même code) ; que jusqu'au jugement qui la prononce la femme n'a aucun droit sur les biens et que l'article 271 lui réserve seulement le pouvoir de faire déclarer nulle toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté postérieurement à la date de l'ordonnance mentionnée en l'article 238 lorsqu'elle a été faite en fraude de ses droits ; que bien plus et même postérieurement à la dissolution de la communauté, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, elle n'exerce ses reprises sur ses biens qu'à titre de créancière (art. 1471 Code civ.) ; qu'elle ne peut donc jamais prétendre à un droit de propriété ou de co-proprieté sur les biens de la communauté ; que n'étant ni propriétaire ni co-propriétaire des titres au porteur de la C^{ie} de la Loire, la femme B... n'a pu agir en vertu de la loi du 15 juin 1872... »

Nous ne saurions adopter cette décision qui ne paraît tenir aucun compte de l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps et qui considère à tort, selon nous, que la femme n'a jamais un droit de co-proprieté sur les biens de la communauté. S'il

est vrai que la femme n'a qu'un droit de créance pour le montant de ses reprises lorsque la communauté est insuffisante pour y faire face, il n'en est pas de même lorsque la communauté est bonne. La femme prélève sur les biens de communauté le montant de ses reprises et elle n'est pas, comme un créancier ordinaire, dans l'obligation de faire saisir les objets qui dépendent de la communauté, de les faire vendre et de se payer sur le prix ; ce qui se passe ressemble à une opération de partage analogue à ce qui se passe en matière de succession (art. 830) (1). Nous pensons donc que la femme peut user de la loi de 1872 pour frapper d'opposition les titres au porteur dépendant de la communauté, mais nous devons reconnaître par contre qu'une semblable opposition ne serait pas valable si elle portait sur des titres au porteur propres au mari, car alors la femme ne saurait en aucune façon se prévaloir d'un droit de copropriété sur ces titres.

La femme pourrait encore provoquer la nomination d'un sequestre des biens de la communauté et de ses biens propres ; cette question a été toutefois fort discutée et nous aurons l'occasion d'y revenir en parlant du sort des biens pendant l'instance ; nous nous bornons à formuler ici notre opinion, nous réservant de la justifier plus loin.

(1) Sic *Huc*, art. 4471, vol. 9, p. 370.

Mais la femme pourrait-elle consentir des baux de ses biens propres ou des immeubles de communauté sans l'autorisation de son mari ou de justice. Nous ne le pensons pas : bien qu'il ne s'agisse là que d'actes d'administration que l'on pourrait considérer comme des actes conservatoires, nous estimons que la femme outrepasserait les limites de l'autorisation générale qui lui a été accordée par la seconde ordonnance, car ces actes sont de nature à engendrer des obligations. Nous avons vu d'autre part que l'on ne saurait invoquer dans l'espèce l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps.

A plus forte raison la femme ne pourrait-elle aliéner ou hypothéquer ces mêmes biens.

Bien entendu nous n'envisageons pas ici le cas où la femme aurait été nommée sequestre de ces biens ; nous verrons plus loin que la femme peut en effet, selon nous, être chargée de l'administration des biens qui ont été placés sous les scellés ; ses pouvoirs sont alors la conséquence de la mission qui lui a été confiée ; ce que nous avons voulu étudier dans ce chapitre, ce sont les modifications qu'apporte par elle-même l'instance en séparation de corps dans la condition de la femme, sans nous préoccuper des pouvoirs qui pourraient lui être spécialement conférés.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LES RAPPORTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX ENTRE EUX.

Nous voudrions dans ce chapitre envisager les rapports des époux au point de vue de leurs biens. Nous rechercherons d'abord l'influence de l'instance en séparation de corps sur le régime matrimonial. Nous plaçant ensuite en présence des différents biens dont peut se composer le patrimoine des époux, nous verrons quelles modifications l'instance en séparation de corps peut entraîner dans l'administration, l'aliénation, la jouissance et la dévolution de ces biens ; enfin nous réserverons un paragraphe spécial aux conventions que peuvent faire entre eux les époux au cours de l'instance.

Il importe ici de préciser le but de ce chapitre ; nous désirerions le consacrer exclusivement aux rapports des époux entre eux, nous réservant dans le chapitre suivant de traiter des rapports pécuniaires des époux avec les tiers.

Cette remarque est d'autant plus indispensable que dans la matière qui nous occupe, certains actes

du mari, nuls à l'égard de la femme, sont, comme on le verra, souvent valables à l'égard des tiers.

SECTION PREMIÈRE

INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LE RÉGIME MATRIMONIAL DES ÉPOUX.

« La séparation de corps, dit l'article 311 du Code civil, emporte toujours la séparation de biens. »

La séparation de biens entraîne la dissolution de la communauté. (Art. 1441 C. c.).

Le jugement de séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande.

Ces principes étaient depuis longtemps admis et nous avons vu que la seule controverse portait sur l'application à la séparation de corps de la rétroactivité prévue par l'article 1445 en matière de séparation de biens. Déjà, bien avant la loi de 1886 sur la procédure du divorce, une jurisprudence constante établissait la rétroactivité du jugement de séparation de corps entre époux et faisait remonter la dissolution de la communauté au jour de la demande en réservant aux tiers les droits qu'ils auraient pu acquérir de bonne foi après cette date.

Un arrêt de la Cour de Paris a nettement posé les

motifs de la nécessité de cette rétroactivité : « Considérant, dit cet arrêt,... ; qu'il est trop certain que si la liquidation de la communauté devait prendre date au jour du jugement, elle donnerait à la fortune, pendant l'instance, une situation qui attirerait et annulerait souvent les droits de la femme ; que ce danger serait incontestablement plus grand dans le cas de séparation de corps et de biens que dans celui de séparation de biens seulement, en sorte que si la règle posée par l'article 1445 était restreinte dans son application, elle se trouverait exécutée quand elle serait moins utile, restant sans effet quand elle serait indispensable..... (1). »

La théorie s'est un peu modifiée depuis et nous avons vu que la Cour de cassation ne faisait plus découler la rétroactivité du jugement de séparation de corps entre époux, de l'application de l'article 1445, mais de l'effet ordinaire des jugements entre parties ; la conséquence toutefois est demeurée la même.

Nous ne reviendrons pas sur l'exposé de ce système et nous rappellerons seulement que depuis le vote de la loi de 1886, toute controverse a disparu sur ce point : pour tous la dissolution de la communauté a lieu au jour où la demande en séparation de corps est formée.

Nous n'examinerons pas ici les conséquences de

(1) Cour de Paris, 25 avril 1863, Sirey, 64, II, 433.

cette rétroactivité, car nous nous réservons d'en étudier les effets en nous occupant du sort des biens pendant l'instance, mais il est deux autres questions qui sont tellement liées à la dissolution du régime matrimonial qu'elles trouvent naturellement ici leur place, la question de l'acceptation de la communauté et la question de la restitution de la dot.

Et d'abord la question de l'acceptation de la communauté. Il n'est pas sans intérêt en effet de se demander si, au cours de l'instance, la femme peut prendre parti de ce chef et si ses actes peuvent avoir pour effet de lui enlever tout droit d'option, avant même que le jugement ait acquis la force de la chose jugée.

Observons tout d'abord que la renonciation ou l'acceptation ne saurait être antérieure à la demande en séparation de corps (arg. art. 1453) ni postérieure au délai de trois mois et quarante jours qui suit la date à laquelle le jugement est devenu définitif (art. 1463).

Placée entre ces deux termes, l'acceptation ou la renonciation, quelle qu'en soit la forme, expresse ou tacite (1), est valable. C'est ce qui a été jugé en ces termes par la Chambre des requêtes : « Attendu que l'article 1463 du Code civil, en disant que la femme qui

(1) Tr. Versailles 30 janvier 90. *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 599. Paris, 2 mai 1850. D. 50, 2, 186. Paris, 12 décembre 1891. *Gaz. Pal.*, 92, 1, 383.

n'a point, dans les trois mois et quarante jours après la séparation de corps, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, n'établit qu'une présomption fondée sur le silence de la femme et qui ne peut raisonnablement prévaloir sur l'expression formelle de son intention manifestée antérieurement ; — Attendu d'ailleurs que le but évident de cette disposition est seulement de ne pas permettre à la femme d'accepter tardivement, c'est-à-dire passé ce délai et qu'elle n'a point eu en vue de prohiber une acceptation anticipée et par conséquent conditionnelle ou subordonnée à l'événement de la séparation non encore prononcée ; — Attendu que l'article 1453 du Code civil entendu sainement n'a pas non plus pour objet de prévoir et de prohiber l'acceptation anticipée, mais bien d'établir, en principe général, sa faculté pour la femme d'accepter ou de répudier la communauté et de rendre illicite toute convention qui aurait pour but de lui enlever cette faculté, — Rejette (1) ».

Nous nous rangeons d'autant plus volontiers à cette jurisprudence que la Cour ne tient dans son arrêt aucun compte de l'effet rétroactif du jugement, qui, à lui seul, suffirait pour justifier cette solution, du moins dans les rapports des époux entre eux. La dissolution de la communauté se produisant au jour

(1) Req. 21 juin 1831. *D. jur. gén. Contrat de mariage*, 2123 et la note.

de la demande, rien ne s'oppose, même en admettant que l'article 1453 ait eu pour but de prohiber une option antérieure à la dissolution de la communauté, à ce que la femme accepte ou répudie la communauté dès que l'instance est engagée.

C'est du reste en ce sens que se sont prononcés différents arrêts en matière de séparation de biens. Or, ici, il n'y a aucune raison de distinguer entre la séparation de biens principale et la séparation de biens accessoire de la séparation de corps, l'option de la femme intéressant principalement le mari et l'effet rétroactif du jugement devant manifestement se produire.

Ajoutons enfin que Pothier signale qu'en matière de séparation de biens, selon l'usage du Châtelet, la femme faisait le jour même de sa demande en séparation, sa déclaration au greffe qu'elle renonçait à la communauté. (Pothier n° 521).

Abordons maintenant la deuxième question, celle relative à la restitution de la dot.

Nous ne l'envisagerons pas sous le régime de communauté mais nous nous placerons sous le régime dotal. Le Code fixant les délais dans lequel la dot doit être restituée sous ce régime, la question offre plus d'intérêt que sous le régime de commu-

(4) Orléans, 14 novembre 1817. *D. jur. gén. Cont. de mariage*, n° 1943.

nauté ; notre solution serait du reste la même s'il s'agissait de la restitution d'une dot soumise au régime de communauté et pour laquelle un délai de restitution aurait été prévu par le contrat de mariage.

L'article 1564 et l'article 1565 fixent les délais de restitution de la dot. Quand la dissolution du mariage se produit par la mort de l'un des époux, il n'y a pas de difficulté pour déterminer le point de départ de ces délais. Mais au cas de divorce et de séparation de corps, quel sera ce point de départ ? Par suite de la rétroactivité du jugement, la dissolution du régime matrimonial est censée s'être opérée au jour de la demande ; on peut donc se demander si ce n'est pas de cette date que court le délai de restitution.

Il ne nous paraît pas que la question soit de nature à se poser. Il est certain, d'une part, que si l'instance en séparation de corps se prolongeait plus d'une année, le mari ne saurait être contraint à la restitution de la dot avant que le jugement n'ait été prononcé, tout acte, toute poursuite fait dans ce but constituerait une exécution anticipée du jugement, ce que prescrivent tous les principes et toutes les règles du droit (arg. art. 1445 C. c., 869 et 872 C. pr. civ.). Si d'autre part l'instance en séparation de corps dure moins d'une année et si le jugement est devenu définitif moins d'une année après la demande, nous considérons que le mari ne pourra pas se pré-

valoir de l'article 1363 qui a été écrit pour le cas de dissolution du mariage résultant du décès de l'un des époux et qui est, à notre sens, une disposition exceptionnelle de notre Code. En effet, la disposition de l'article 1363 qui accorde au mari ou à ses héritiers un délai d'un an pour la restitution de la dot, lorsque cette restitution doit s'effectuer en argent, déroge aux règles de droit commun d'après lesquelles un débiteur, dont la dette est échue, doit payer immédiatement, lorsque la convention ne lui accorde aucun terme. Nous en concluons que cette disposition est de stricte interprétation. Ecrite en vue du cas où l'événement qui donne lieu à la restitution de la dot est la dissolution du mariage provenant du décès de l'un des époux, elle ne saurait être étendue en dehors de cette hypothèse. Le mari pourra donc être tenu à une restitution immédiate de la dot au cas de séparation de corps. D'ailleurs, le mari ne peut pas dire qu'il est pris au dépourvu ; car il a été averti par la demande en séparation de l'imminence de la restitution de la dot et il a pu prendre ses mesures en conséquence (1). J'ajoute que l'article 1444 qui oblige, sans distinction entre les différents régimes, la femme séparée de biens, à exercer sans retard dans la quinzaine des poursuites contre son

(1) Sic Baudry-Lacantinerie, t. III, p. 267. — Contrà, Aubry et Rau, t. V, § 540, p. 636.

mari pour le recouvrement de ses reprises, fournit à l'appui de la thèse que nous soutenons un argument des plus sérieux, puisqu'il ne tient pas compte de la disposition exceptionnelle de l'article 1565 et du délai accordé par cet article pour la restitution de la dot.

Ainsi donc, la femme quelle que soit la durée de l'instance en séparation de corps, ne pourra jamais exiger la restitution de sa dot avant le jugement de séparation, mais pourra toujours la réclamer dès que ce jugement sera devenu définitif.

SECTION II

INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LES BIENS.

Les règles relatives aux biens durant le mariage sont de deux sortes. Les unes sont du domaine des conventions matrimoniales et varient avec elles. Les autres sont la conséquence même du mariage, elles existent, quelles que soient les conventions matrimoniales. En se mariant la femme règle l'administration et la jouissance de ses biens. Le plus souvent elle les transfère au mari; quelquefois elle se les réserve par la séparation de biens conventionnelle ou par la

clause de paraphernalité. Voilà qui est du domaine des conventions matrimoniales. S'agit-il au contraire d'actes de disposition, la femme est, en tant que femme mariée, incapable; quelque soit le régime adopté elle doit demander l'autorisation maritale. Il y a plus, aucune convention ne peut la soustraire à cette incapacité; les lois relatives à la capacité des personnes sont d'ordre public. De même la femme a toujours hypothèque sur les biens du mari. Ce sont là des règles dont l'existence est indépendante du régime matrimonial (1).

La séparation de corps ayant pour effet sinon de rompre complètement le lien conjugal, du moins de le relâcher fortement, et d'apporter des modifications sensibles dans le régime matrimonial, il s'en suit que l'instance en séparation de corps a sur les biens une influence considérable. Nous ferons de cette étude l'objet de cette section.

Nous la diviserons en quatre paragraphes.

§ 1er. — Administration des biens durant l'instance.

La question est régie par l'article 242 du Code civil écrit spécialement pour le divorce mais appli-

(1) Stouff, Effets de la séparation des biens judiciaires sous les divers régimes matrimoniaux. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 412, année 1887.

cable, aux termes de l'article 307 du Code civil, à la séparation de corps ; il est ainsi conçu :

« L'un ou l'autre des époux peut dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge donnée à la charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

« Le même droit appartient à la femme même non commune pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance.

« Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente ; les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ; l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire à moins qu'il n'en soit décidé autrement. »

Nous ne nous attarderons pas au commentaire des deux premiers paragraphes de cet article dont les termes clairs et précis ne permettent, à notre sens, aucune discussion.

Remarquons toutefois que cet article 242 inséré au Code en 1886 a eu pour premier résultat de trancher plusieurs controverses auxquelles avait donné lieu la rédaction de l'ancien article 270. En présence du silence des textes on se demandait, avant la loi de 1886, s'il appartenait au mari de solliciter des mesures provisoires ; et la question de savoir si l'apposition de scellés devait être précédée d'une auto-

risation du juge était des plus débattues. La loi de 1886 a tranché d'une façon catégorique ces deux difficultés en substituant d'abord à l'ancienne rédaction « La femme commune en biens » la rédaction nouvelle « L'un ou l'autre des époux », puis en insérant dans l'article 242 l'obligation formelle de recourir à la permission du magistrat avant de procéder à l'apposition des scellés : « et sur l'autorisation du juge (1) ».

Mais le § 3 *in fine* de l'article 242 donne lieu à des remarques beaucoup plus importantes et mérite à ce titre de fixer plus sérieusement notre attention.

Que faut-il entendre d'abord par l'époux qui est en possession ; est-il là question d'une possession juridique qui appartient, elle, toujours au mari ? Il eut été inutile d'employer cette formule « l'époux qui est en possession », et il eut été plus court, plus simple, plus clair de dire le mari. Non, la possession dont il s'agit ici s'entend de la simple détention de fait et alors le mot « l'époux » s'applique à la femme comme au mari. L'intention du législateur est ici manifeste : il n'a eu qu'un but en instituant gardien judiciaire celui des époux qui était détenteur des objets et des valeurs, consacrer l'état de choses exis-

(1) Nous avons déjà remarqué que la nécessité de cette autorisation cessait dès la seconde ordonnance.

tant et confirmer judiciairement les pouvoirs de l'époux resté en possession. Au moment d'une crise aussi aiguë que celle qui accompagne la première sentence du juge, attribuer au mari la garde des objets mobiliers, alors que peut-être c'est lui qui déserta le domicile conjugal, eut été faire à la femme une violence inutile et ajouter à ses peines la privation de tous ces riens qui sont tout dans la vie d'intérieur.

Ne semble-t-il pas dès à présent et sans plus ample discussion que, en vertu de cette disposition de la loi, le juge peut dessaisir le mari de la garde et, par suite, de l'administration des biens de communauté. Et cependant la question de savoir si les tribunaux pouvaient, au cours d'une instance en séparation de corps, nommer un séquestre chargé d'administrer aux lieu et place du mari les biens dépendant de la communauté a été et est encore sérieusement discutée.

Le mari, disait un premier système, ne peut être privé de l'administration des biens communs, parce qu'il n'existe pas de texte permettant de restreindre en pareil cas les droits du mari. En second lieu, ajoutaient les partisans de ce système, un séquestre des biens communs ne peut être nommé car l'article 1961 du Code civil, qui fait une énumération limitative des cas où un séquestre peut être désigné, ne prévoit nullement l'hypothèse d'une instance en séparation de corps.

Dans le système opposé, on invoquait la disposition de l'article 869 du Code de procédure civile qui autorise en termes très généraux les actes conservatoires au cours de l'instance en séparation de biens. En dehors de cet argument de texte, ce système faisait surtout valoir des considérations d'équité tirées de l'intérêt de la femme.

Le premier de ces systèmes prévalait avant la loi du 18 avril 1886 et un arrêt de la Cour de Paris du 2 mars de cette année lui apportait l'appoint de son autorité (1).

On aurait pu croire que la loi sur la procédure du divorce allait mettre fin à cette discussion.

Ne semblait-il pas, en effet, que par ces termes précis de l'article 242 « l'époux qui est en possession en est constitué le gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné », le juge avait la faculté de constituer séquestre qui bon lui semblait. Et qu'on ne dise pas que son choix ne pouvait se porter que sur la femme, car le principal argument du système qui entend garder intact les droits d'administration du mari, n'admet pas la moindre restriction à ces droits.

Un texte manquait aux partisans de ce système pour se ranger à l'avis des partisans de l'affirmative ; l'article 242 ne leur apportait-il pas satisfaction ?

(1) Paris, 2 mars 1886, Sirey, 86, II, 461.

On put croire en effet que la controverse allait cesser et M. Planiol, dans un article inséré à la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, écrivait, au sujet de l'arrêt du 2 mars 1886, que nous rappelons plus haut : « Cet arrêt rendu quelques semaines avant la loi du 18 avril 1886, qui a si heureusement rajeuni la procédure du divorce, se trouverait aujourd'hui en contradiction avec le texte actuel et il ne peut guère servir qu'à mettre en lumière une des améliorations introduites dans cette procédure. »

Et plus loin, parlant des modifications créées par l'article 242, il ajoutait : « Enfin, une dernière addition a été faite et c'est elle précisément qui donne tort à l'opinion précédemment suivie et adoptée par notre arrêt. L'alinéa final du nouvel article dit en effet : Les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ; l'époux qui en est en possession en est constitué gardien judiciaire à moins qu'il n'en soit décidé autrement. — Ce n'est plus nécessairement le mari qui les conserve. Ce peut être la femme ou même un tiers. Et voilà, d'un même coup, un quatrième cas où la nomination d'un séquestre est possible à ajouter à ceux de l'article 1961. »

Il semblait donc que toute controverse devait ces-

(1) Sic Planiol, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, p. 693.

ser et cependant la question fut de nouveau discutée en 1889, à l'occasion d'une affaire Malapert dont nous sommes obligé de refaire ici la genèse, car la décision qui l'a terminée est destinée à faire jurisprudence sur la question.

Un jugement du tribunal de la Seine du 23 juin 1888 avait, au cours d'une instance en divorce introduite par madame Malapert contre son mari et sur la demande de madame Malapert, nommé le sieur Imbert administrateur judiciaire de la communauté légale existant entre les époux.

Sur l'appel du mari survint un arrêt de la Cour de Paris, en date du 17 janvier 1889, autorisant le mari à reprendre l'entière administration des biens de la communauté.

Enfin, sur le pourvoi de Madame Malapert, M. le Conseiller Feraud-Giraud présenta un rapport concluant au rejet que, pour être complet, nous devrions transcrire ici en entier, mais que les limites du travail que nous nous sommes assigné nous obligent à résumer.

M. Feraud-Giraud rappelle tout d'abord les articles 1421 et 1388 du Code civil, dont le premier confie l'administration des biens de la communauté au mari seul et le second interdit aux époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef.

« Le mari est seigneur et maître de la commu-

nauté », en ce sens qu'il en a la libre administration et ne doit aucun compte, même de ses dilapidations.

« Telle est la situation légale du mari par rapport aux biens de la communauté, situation qui tient à la condition des époux, à la constitution de la famille et dont les règles ont été considérées à ce point de vue d'ordre public. »

La loi n'aurait-elle pas cependant apporté des atténuations à ce principe ?

L'ancien article 270 d'abord ? Le rapporteur admet qu'en dehors de l'apposition de scellés prévue, cet article autorise certaines autres mesures conservatoires analogues, mais il ne peut croire que cette extension aille jusqu'à permettre la substitution d'un tiers au mari, ce serait oublier que cet article a pour but de réglementer l'administration du mari et de l'obliger à fournir certaines garanties.

Et le nouvel article 242 ? De ce texte et de l'exposé des motifs il résulte : 1° que ces dispositions s'appliquent à l'avenir à la femme commune ou non, aux biens dont le mari a la jouissance, qu'ils soient communs ou non ; 2° que le tribunal pour les biens inventoriés peut constituer un autre gardien que celui qui les détient ; 3° que dans le choix des garanties on n'est pas astreint à l'apposition de scellés suivie d'inventaire exclusivement, le moyen n'étant indiqué que sous cette sorte de réserve « notamment ».

Et le rapporteur de dire : si cet article avait eu

pour intention de faire cesser les débats existants, il n'eût pas manqué de se prononcer.

De plus cet article ne se préoccupe que des meubles et l'article suivant qui prévoit les aliénations d'immeubles faites par le mari implique bien que celui-ci conserve l'administration des immeubles.

Nous répondrons que le législateur de 1886 a bien au contraire manifesté son intention de mettre fin à la controverse existante en substituant aux termes de l'article 270 les termes du nouvel article. Sous l'empire du Code civil on pouvait soutenir que le mari était toujours gardien judiciaire c'est-à-dire administrateur ; sous l'empire de la loi de 1886 le mari peut être dessaisi.

Les arguments tirés des articles 1421 et 1388 du Code civil et 243 ne nous paraissent pas plus décisifs.

La situation légale du mari, dit-on, tient à des considérations d'ordre public ; elle ne peut donc être modifiée durant le mariage. Mais, par le fait même que le mari est constitué gardien judiciaire, ses pouvoirs sont modifiés, car, s'il devait conserver l'administration telle qu'elle lui appartient durant le mariage, pourquoi le nommer gardien judiciaire.

Le but de cette désignation est précisément d'assurer à la femme une protection ne restreignant le pouvoir du mari ; mais si les pouvoirs du mari sont

diminués que reste-t-il de l'argument que l'on entend tirer des articles 1421 et 1388 ? La seule conclusion à tirer de cette restriction des droits du mari, c'est que les articles 1421 et 1388 écrits en vue de la vie commune deviennent inapplicables au cas de séparation de corps et qu'en dehors de tout autre texte ils ne peuvent être une entrave à la nomination d'un séquestre autre que le mari.

Enfin on ajoute : l'article 243, écrit spécialement en vue de régler le sort des immeubles au cours de l'instance en autorisant le mari à les aliéner, laisse bien présumer que le mari doit en conserver l'administration et que celle-ci ne peut être confiée à un tiers.

Est-il tout d'abord bien exact de dire que l'article 242 vise les meubles et l'article 243 les immeubles ? N'est-il pas plus vrai que l'un et l'autre s'occupent des meubles et des immeubles, que l'article 242 a en vue les mesures conservatoires auxquelles les époux peuvent avoir recours tant à l'égard des immeubles que des meubles et que l'article 243 détermine la situation des tiers et se préoccupe des droits qu'ils ont pu acquérir sur les meubles ou les immeubles. Si l'article 242 parle de l'apposition des scellés, qui, il est vrai, n'a lieu que sur les meubles, il ne prohibe pas l'inventaire des immeubles dont se compose l'actif commun et nous ne voyons pas pourquoi les immeubles ne seraient pas soumis au séquestre

comme les meubles eux-mêmes. Et la substitution du mot « biens » employé dans le nouvel article 242 à celui de « mobilier » employé dans l'ancien article 270 ne nous autorise-t-elle pas à cette interprétation ? Si d'autre part l'article 243 parle des aliénations d'immeubles, il vise aussi les obligations contractées par le mari, obligations qui peuvent aussi bien porter sur les meubles que sur les immeubles.

Ceci dit, peut-on tirer de l'article 243 un argument en faveur de l'impossibilité de nommer un séquestre ; pour que l'argument porte il faut conclure de l'article 243 qu'il consacre pour le mari le droit d'aliéner les immeubles. Or nous verrons plus loin que les dispositions de l'article 243 ont principalement pour effet de rendre valables à l'égard des tiers des aliénations et des obligations qui, sans cet article, eussent été absolument nulles. Non le mari ne peut aliéner, parce qu'il n'est pas propriétaire exclusif, et, s'il ne peut aliéner, l'argument que l'on prétend tirer de l'article 243 en faveur de la persistance de ses droits d'administrateur perd toute sa portée.

Quoiqu'il en soit, et bien que nous persistions dans notre manière de voir, les conclusions de M. le conseiller-rapporteur Feraud-Giraud ont été adoptées par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 mars 1889. Nous ne pensons pas que depuis cet

arrêt il soit intervenu de décision en sens contraire (1).

Reste maintenant à préciser les pouvoirs du gardien judiciaire quel qu'il soit.

a) — *Régime de communauté.*

Au cours du mariage les pouvoirs du mari sur les biens communs et sur les biens propres de la femme sont différents. Pour n'en rappeler qu'un exemple le mari peut au cours du mariage affermer pour une durée indéterminée les immeubles dépendant de la communauté (art. 1421), au contraire les baux des biens-propres de la femme ne sont obligatoires que pour la période de neuf années en cours et sous certaines conditions (art. 1429).

Voyons quel va être le sort de ces différents biens au cours de l'instance.

Le mari, si c'est lui qui en a l'administration (et d'après la jurisprudence il ne peut y avoir d'autre administrateur) n'agit plus, c'est évident, comme chef de la communauté, celle-ci étant réputée dissoute ; il n'est plus qu'un séquestre de biens.

Quels sont donc les pouvoirs de ce séquestre sur ces différents biens ?

Baux. — Il y a ici deux questions à se poser.

(1) Cass., 26 mars 1889. S. 1890, 4, 253. Contre Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, t. 2, p. 88, n° 599.

Le séquestre sera-t-il lié par les dispositions de l'article 1429 en ce qui concerne les biens propres ; pourra-il se prévaloir des dispositions de l'article 1421 en ce qui concerne les biens de communauté.

On ne comprendrait pas tout d'abord que le séquestre ait des droits plus étendus que le mari au cours de la communauté, d'où nous concluons que le séquestre ne peut consentir des baux de plus de neuf années pour les biens propres à la femme. Mais aura-t-il au moins les pouvoirs de consentir des baux de cette durée ? C'est la pure question de fait pensons-nous : l'administration du séquestre judiciaire est régie par l'article 1962 et doit être celle d'un bon père de famille ; il appartiendra donc aux tribunaux de décider si le bail consenti rentre dans les actes d'une bonne administration.

La même solution s'impose pour les biens de communauté, ceux-ci étant susceptibles de devenir des propres avec rétroactivité, nous pensons qu'un tiers serait imprudent de contracter au cours de l'instance un bail supérieur à neuf années.

Nous ne nous sommes placé ici que dans le cas de bonne foi dûment établie de la part du séquestre. La même solution ne s'imposerait pas si la mauvaise foi pouvait lui être reprochée. En admettant même que le séquestre ait la capacité nécessaire pour contracter des baux de neuf années, l'existence d'une fraude rendrait ces baux inopposables à la femme.

Ce n'est là qu'une application d'un principe général régissant les baux contractés par l'administrateur du bien d'autrui ou le propriétaire sous condition résolutoire ; aux termes de l'article 1673 le vendeur à réméré n'est tenu d'exécuter que les baux faits sans fraude par l'acquéreur.

A la femme alors incombera l'obligation d'établir la fraude.

Recouvrement de créances. — Le séquestre peut encore poursuivre le recouvrement des créances contenues dans le patrimoine qui lui est confiée ; j'ajoute même qu'à défaut de poursuites exercées en temps utile sa responsabilité pourrait être engagée, si l'insolvabilité des débiteurs survenue au cours de son administration rendait le recouvrement impossible (art. 1428).

Exercice des actions. — Le séquestre judiciaire exerce toutes les actions mobilières comme le mari les exerce au cours du mariage (art. 1428, 2^o), mais à la différence du mari il exerce toutes les actions immobilières ; aucun texte ne le déclare formellement, mais c'est une conséquence de ses devoirs de bon père de famille qui lui sont imposés par l'article 1962 ; c'est de plus une nécessité, car il n'est pas admissible qu'au cours de l'instance en séparation de corps l'exercice de ces actions soient complètement suspendues. Or c'est ce qui arriverait si le séquestre ne pouvait les intenter ou y résister et la conséquence

la plus à redouter d'un pareil système serait de rendre impossible l'interruption d'une prescription en cours.

Exercice des actions en partage. — L'article 818 du Code civil permet au mari de provoquer le partage des biens meubles ou immeubles tombant dans la communauté. Par suite de la rétroactivité du jugement de séparation de corps, aucun des biens échus où la femme durant l'instance ne devant entrer en communauté, il en résulte que le mari ne peut plus intenter aucune action en partage au nom de sa femme. Le concours de la femme devient nécessaire dans tous les cas.

Nous avons envisagé dans les explications qui précèdent la situation que crée l'instance aux époux mariés sous le régime de la communauté, il nous reste à voir quelle influence l'instance a sur l'administration des biens dans les autres régimes.

b) — *Régime sans communauté.*

La solution est ici la même que pour le régime de communauté. Le mari, sous ce régime, a, comme dans le cas de communauté, l'administration de tous les biens de sa femme ; les effets de l'instance sur l'administration des biens soumis au régime exclusif de communauté sont identiques à ceux qu'elle produit sur l'administration des biens soumis

au régime de communauté; il est donc inutile de revenir sur les explications qui précèdent.

c) — *Régime de séparation de biens.*

La femme a sous ce régime l'administration exclusive de tous les biens, et la séparation de corps n'ayant pour effet que d'accentuer cette situation, l'instance ne saurait par elle-même avoir aucune influence sur les droits réciproques des époux.

d) — *Régime dotal.*

Il faut distinguer les biens dotaux des biens paraphernaux. Les premiers étant soumis à l'administration du mari sont régis par les règles que nous avons tracées pour les biens de communauté; les biens paraphernaux au contraire étant soumis à l'administration de la femme, nous adopterons pour eux la même solution que pour les biens soumis au régime de séparation de biens.

Nous avons supposé dans le cours de ce paragraphe qu'une apposition de scellés avait eu lieu, qu'elle avait été suivie d'un inventaire et qu'un séquestre judiciaire avait été nommé, ce qui sera le cas le plus ordinaire lorsque les époux seront dans une situation rendant cette mesure nécessaire. Mais il peut se faire cependant que pour des motifs

divers on n'ait pas eu recours à ces mesures conservatoires. A qui appartiendra dans ce cas l'administration? Comme il est de toute nécessité que les biens personnels de la femme et ceux de la communauté soient administrés pendant le cours de l'instance et qu'il est impossible, en l'absence d'un texte, d'attribuer cette administration à la femme, on doit en conclure qu'elle reste au mari. Par suite les actes qu'il accomplit dans les limites des pouvoirs d'un administrateur ordinaire sont apposables à la femme, sauf le droit pour celle-ci de les faire annuler en prouvant qu'ils ont été faits en fraude de ses droits, et que ceux qui ont traité avec le mari ont été complices de la fraude.

§ II. — Aliénation des biens durant l'instance.

Il nous faut ici distinguer les meubles des immeubles ; nous traiterons donc sous deux rubriques différentes, en premier lieu, des meubles, en second lieu, des immeubles.

a) — *Meubles.*

Avant la loi de 1886, on discutait sur la question de savoir si, sous le régime de communauté, les meubles pouvaient être aliénés par le mari au cours de l'instance. Un premier système adoptant l'affir-

mative, se basait sur l'inexistence d'un texte applicable à la séparation de corps. Suivant M. Valette, l'article 270, relatif au divorce, ne pouvait être étendu à la séparation de corps, car l'apposition des scellés est une mesure exorbitante qui porte atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté.

Il est aujourd'hui inutile de combattre ce système qui, je m'empresse de le dire, ne comptait déjà que peu de défenseurs; la loi de 1886 a déclaré formellement applicable à la séparation de corps l'article 242 qui remplace, dans notre Code actuel, l'ancien article 270.

Un second système aboutissant à la même conclusion, se basait sur un autre motif pour déclarer que le mari conservait la faculté d'aliéner le mobilier. L'article 270, disait-on, impose au mari l'obligation de représenter des objets inventoriés, ou à défaut de leur représentation effective le rend responsable de leur valeur, n'est-ce pas l'autoriser à les réaliser?

Malgré cet argument qui, au premier abord paraît décisif en faveur de l'affirmative, la négative ralliait un plus grand nombre d'adhérents : M. Massol a ainsi résumé leurs opinions :

« De ce que l'article 270 du Code civil porte que
« le mari, gardien des objets qui ont été inventoriés,
« est tenu de les représenter ou de répondre de
« leur valeur, l'on aurait tort de croire qu'il lui soit
« permis de les aliéner pourvu qu'il en offre l'esti-

« mation; il n'a point la faculté de les livrer ou d'en
 « remettre le prix; ce n'est que dans le cas où il est
 « impossible d'avoir les effets eux-mêmes, que la
 « femme se contentera d'une indemnité. L'article pré-
 « cité compare le mari à un gardien judiciaire. Or,
 « l'on sait que ce gardien est obligé de représenter
 « les objets en nature (art. 1962) et que s'il les
 « vendait il s'exposerait à de graves condamnations.

« En admettant que le mari ait aliéné les meubles
 « quoiqu'un inventaire ait été dressé, il sera recher-
 « ché pour cette infraction à ses engagements, il
 « sera même passible de dommages-intérêts; il est
 « vrai que l'article 270 porte que si les objets ne
 « sont pas représentés, l'époux répond de leur va-
 « leur, mais cette locution ne doit pas être inter-
 « prétée d'une manière restrictive, elle ne doit pas
 « être entendue, en ce sens que le mari qui aura été
 « de mauvaise foi, ne sera pas exposé à des dom-
 « mages-intérêts, car celui qui cause du préjudice à
 « autrui est obligé de le réparer et de fournir un en-
 « tier dédommagement; et d'ailleurs, ce même ar-
 « ticle dispose que le mari répond de la valeur du
 « mobilier comme gardien judiciaire. Or, suffirait-il à
 « un gardien judiciaire, pour se mettre à l'abri de
 « toute réclamation, d'offrir seulement la valeur des
 « objets dont il est dessaisi (1). »

(1) Massol, *De la séparation de corps*, éd. 1875, p. 251.

Mais la loi de 1886 en supprimant dans l'article 242 qui remplace l'ancien article 270, les mots « de répondre de sa valeur ? » a placé celui des époux qui a la garde du mobilier dans la situation d'un simple gardien judiciaire et rien ne saurait plus servir d'appui au système que nous combattons.

Bien entendu, notre système n'a pas la prétention d'interdire au séquestre la faculté d'aliéner les objets mobiliers qui se consomment par le premier usage ; leur aliénation rentre au contraire, dans bien des cas, parmi les actes d'une sage et intelligente administration.

Certains auteurs ont fait dépendre cette prohibition pour le mari d'aliéner les meubles de l'apposition des scellés et de la constitution de séquestre, il en résultait que jusqu'à ce que cette mesure ait été prise, le mari conservait les mêmes droits qu'au cours de la vie commune. Pour nous qui admettons la rétroactivité du jugement de séparation de corps et qui faisons remonter la dissolution de la communauté au jour de la demande en séparation, nous considérons que, dès la cessation de la vie commune, le mari ne peut plus aliéner le mobilier ou que tout au moins il en doit compte : d'où cette conclusion que l'inventaire dressé par le notaire devra comprendre non seulement les objets retrouvés lors de l'apposition de scellés, mais ceux ou la valeur de ceux qui ont disparu depuis la demande.

Nous considérons dans les observations qui précèdent que les meubles, objets de la vente, sont biens de communauté ou propres imparfaits de la femme, c'est-à-dire se confondant avec les meubles de la communauté et ne donnant à la femme qu'un droit à une récompense de la part de la communauté. Resterait à envisager le cas où le mari aurait entre les mains des propres mobiliers parfaits appartenant à sa femme. On a discuté longtemps la question de savoir si au cours du mariage le mari pouvait aliéner ces meubles; nous n'entrerons pas dans cette discussion, mais quelle que soit l'opinion adoptée dans cette controverse, nous estimons que durant l'instance le mari ne peut les aliéner, soit qu'on considère qu'ils sont inaliénables durant le mariage, soit qu'on fasse résulter cette inaliénabilité de la rétroactivité du jugement.

Remarquons en outre que cette question n'offre à l'égard des tiers aucun intérêt lorsque ceux-ci sont protégés par la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre (article 2279). » En pareil cas, que l'aliénation consentie par le mari soit valable ou nulle, l'acquéreur ne peut pas être dépossédé; la femme en sera donc réduite au droit de demander, lors du partage, la récompense du prix de son propre sans préjudice des dommages-intérêts. Au contraire la question présentera un grand intérêt, même à l'égard des tiers, si ceux-ci ne sont pas en situation

d'invoquer la maxime : En fait de meubles possession vaut titre ; soit parce qu'ils n'auront pas été mis en possession, soit parce qu'il s'agira d'un bien incorporel tel qu'une créance. L'aliénation faite par le mari est-elle valable ? L'acquéreur devra être maintenu ou mis en possession. L'aliénation au contraire est-elle nulle ? La femme pourra se prévaloir de la nullité pour s'opposer à ce que l'acquéreur soit mis en possession ou à ce qu'il y reste.

Sous le régime exclusif de communauté, l'instance en séparation de corps ne modifie en rien les droits du mari sur les meubles appartenant à la femme, le mari pouvant toujours aliéner les meubles dont l'estimation faite dans le contrat emporte vente à son profit, et ne pouvant aliéner ceux dont l'estimation n'a pas eu lieu.

Rien à dire non plus du régime de séparation de biens : sous ce régime et durant le mariage le droit d'aliéner les meubles de la femme appartient à la femme seule ; l'instance en séparation de corps ne peut y porter atteinte.

Sous le régime dotal le mari peut durant le mariage aliéner les meubles dotaux de sa femme lorsque l'aliénation en est permise par le contrat de mariage ; il n'a en cas de dissolution du mariage qu'à justifier de l'accomplissement des conditions imposées par le contrat de mariage pour cette aliénation. L'article 1567 dit formellement qu'il n'est point res-

pensable des pertes subies par les valeurs dotales si ces pertes ne peuvent être imputées à sa négligence. Au contraire dès qu'une instance en séparation de corps est introduite, par suite de la rétroactivité du jugement de séparation de corps, le mari perd le droit d'aliéner ces valeurs dotales. Si cependant il y procède, il peut, lors de la restitution de la dot, être tenu de faire état à la femme de la valeur des titres aliénés, déduction faite bien entendu de la valeur de ceux qu'il aurait achetés en remploi. En un mot il ne doit justifier que de l'utilité du remploi effectué au cours du mariage, tandis qu'il est responsable de l'efficacité du remploi effectué après l'introduction de l'instance en séparation de corps.

Les biens paraphernaux, dont la femme conserve l'administration et la jouissance, ne peuvent être aliénés au cours du mariage sans l'autorisation du mari ou à son refus sans la permission de justice ; la femme aura-t-elle encore besoin de cette autorisation ou de cette permission dès qu'une instance en séparation de corps sera engagée ; nous nous bornons à poser ici la question et à renvoyer à ce que nous disons plus haut sur la capacité de la femme ; nous avons vu que l'instance en séparation de corps ne rend pas à la femme sa capacité et que par suite elle ne saurait, pas plus au cours de l'instance qu'au cours de la vie commune, aliéner ses propres sans l'autorisation de son mari ou de justice.

b) — *Immeubles.*

En ce qui concerne les immeubles propres à chacun des époux, les règles demeurent ce qu'elles étaient avant la demande en séparation de corps : le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement (art. 1428, 3^o). Ce n'est pas à une époque où le lien conjugal est sur le point de se dissoudre que les pouvoirs du mari deviendraient plus étendus.

Restent les immeubles de communauté. Durant le mariage, le mari peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme (1). L'instance en séparation de corps mettra-t-elle obstacle à l'exercice de ce droit ?

Cette question a été longtemps débattue et plusieurs opinions sont encore en présence. Nous exposerons donc les différents systèmes.

La rédaction peu précise de l'article 243 (ancien article 271 du Code civil) a donné lieu à ces nombreuses controverses. « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 235 (2), sera déclarée nulle s'il

(1) Art. 1421 Code civil.

(2) Il faut observer ici une faute de rédaction, car l'art. 235 est

est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

Le Conseil d'État avait proposé une autre disposition. Dans son article 41, le projet s'exprimait ainsi : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne pourra plus contracter de dettes à la charge de la communauté, ni disposer des immeubles qui en dépendent ; toute aliénation qu'il en fera sera nulle de droit. »

C'était consacrer législativement et en des termes on ne peut plus précis la prohibition pour le mari d'aliéner d'une façon directe ou détournée l'actif commun.

En renonçant à cette rédaction, sur les observations du tribunal, et en adoptant l'article 271 tel qu'il a été inséré de nouveau dans la loi de 1886 sous le n° 243, le Conseil d'État a-t-il manifesté son intention de laisser au mari, durant l'instance, les pouvoirs dont il jouissait au cours de la vie commune ?

La plupart des auteurs l'ont pensé et n'ont vu dans l'article 271, reproduit dans la loi de 1886 sous le n° 243, qu'une application anticipée de l'article 1167 du Code civil.

« Il résulte des travaux préparatoires, dit M. Baudry-Lacantinerie, que ce texte n'est qu'une applica-

inapplicable à la séparation de corps ; l'art. 243 ayant été déclaré formellement applicable à la séparation de corps eut dû contenir une énonciation commune à la séparation de corps et au divorce.

tion particulière du principe général qui permet à un créancier d'attaquer les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, principe que le législateur a formulé plus tard dans l'article 1167 (1). »

D'après M. Demolombe, l'article 271 n'est que l'application du droit commun.

Si l'on envisage cet article dans les rapports des époux avec les tiers, on arrive en effet à cette conclusion que les tiers sont protégés contre les actes passés de mauvaise foi par le mari, s'ils ne se sont pas rendus complices de la fraude commise par lui ; mais si l'on considère cet article dans les rapports des époux entre eux, on voit qu'il n'est plus possible d'assimiler l'article 243 à l'article 1167. C'est dire que nous ne partageons pas l'opinion de la majorité des auteurs.

Pour nous l'article 243 du Code civil, loin d'être une application du droit commun, est au contraire une dérogation au principe en vertu duquel la vente de la chose d'autrui est nulle. Et en effet qui ne voit que, par suite, d'une part de l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps, et d'autre part de l'effet déclaratif du partage qui suit la dissolution de la communauté, le mari peut, si l'immeuble vendu ne lui échoit dans son lot, être considéré comme n'en ayant jamais été propriétaire ; il en résultera que l'aliéna-

(1) Baudry-Lacantinerie, t. 1, p. 427, n° 731.

tion aura porté sur la chose d'autrui et sera, aux termes de l'article 1599, nulle de plein droit.

On va nous opposer, je le sais bien, les travaux préparatoires tant devant le Conseil d'État lors de la discussion du Code civil que devant le Sénat lors du vote de la loi de 1886.

L'objection est-elle bien sérieuse ? Que le Conseil d'État ait renoncé à une disposition qui avait pour but de prononcer la nullité des actes passés par le mari au cours de l'instance, s'en suit-il que ces actes aient pris une valeur quelconque si, en dehors d'une déclaration expresse de la loi, ils sont déjà nuls par eux-mêmes. Il ne pouvait dépendre de l'assemblée législative de déclarer ces actes valables sans apporter en cela une dérogation au principe de droit naturel en vertu duquel il faut être propriétaire pour aliéner. C'est ce qui a été fait dans l'article 271.

Nous reconnaissons que le Conseil d'État n'a vraisemblablement pas eu cette pensée en votant l'article 271 et cela est du reste très naturel : le principe de la rétroactivité du jugement de divorce ou de séparation de corps n'avait pas encore été nettement dégagé et l'on n'en pouvait envisager les conséquences. Se préoccupant de la protection à accorder à la femme, le Conseil d'État avait proposé un article de loi destiné à empêcher les maris de contracter aucun engagement de nature à préjudicier à la femme. Cette proposition avait un double inconvénient, elle immo-

bilisait la fortune des époux, elle ne tenait aucun compte de la bonne foi des tiers intéressés. Sur les observations qui furent faites, on adopta un autre texte qui sauvegardait les droits des tiers. En réalité le tribunal n'eut pas à examiner la validité intrinsèque des actes passés par le mari. Les tiers n'auront pas à souffrir des conditions spéciales dans lesquelles l'instance en séparation de corps place les époux, à cela se réduit le sens de l'article 271 (1).

Nous ferons les mêmes réflexions sur la déclaration de M. Labiche. MM. de Gavardie et Bozérian avaient proposé un amendement de l'article 243, tendant à substituer aux mots « en fraude des droits de la femme » les mots « au préjudice des droits de la femme » et M. Labiche a combattu cet amendement en faisant remarquer que son adoption aurait pour « résultat de mettre le mari hors du droit commun et de lui interdire en fait, pendant toute la durée de l'instance, une infinité d'opérations qui sont absolument régulières et légales..... »

Cette déclaration pourrait avoir en effet une grande importance s'il s'était agi de discuter sur les droits du mari au cours de l'instance en divorce, mais le débat portait sur les conditions dans lesquelles l'action en nullité de la femme serait recevable. M. Labiche, défendant le texte de la commission, demandait le

(1) Comp. Besançon, 15 février 1864, S. 1864, II, 133.

maintien du mot fraude dans le but de conserver aux tiers la protection qui leur avait toujours été accordée ; il estimait que la législation préexistante était bonne puisqu'elle validait les opérations régulières du mari et qu'il n'y avait pas lieu de la changer, mais il ne se préoccupait nullement de la question de savoir pourquoi les opérations du mari étaient régulières.

S'il faut donner à l'article 243 le sens que lui ont attribué la plupart des auteurs, nous estimons que la loi s'est mise en contradiction avec elle-même dans les articles 243 et 252, § 5. La rétroactivité prévue par ce dernier article ne se comprend que par l'interprétation que nous entendons donner de l'article 243 (1).

Cet article pour nous est une mesure de protection pour les tiers, il leur assure le maintien des actes passés par eux de bonne foi avec le mari et ainsi il vient confirmer le système de la loi de 1886 : l'effet rétroactif du jugement ne se produit qu'entre les époux.

La conséquence pratique de cette théorie, c'est qu'il suffit à la femme de prouver que les tiers ont eu connaissance de l'instance en séparation de corps pour établir leur mauvaise foi et faire prononcer la nullité des actes passés par le mari (2).

Un autre intérêt de cette distinction entre la portée

(1) Comp. Massol, p. 282, n° 5 et suivants.

(2) Massol, p. 287, n° 7.

de l'article 243 à l'égard de la femme et l'effet qu'il produit à l'égard des tiers, c'est de nous permettre de détruire l'argument que la Cour de cassation entend en tirer en faveur du droit du mari d'administrer la communauté nonobstant la constitution du gardien judiciaire prévue par l'article 242. Nous avons exposé plus haut ce système, nous n'y revenons pas.

Enfin, intérêt de premier ordre, si la femme n'est pas en mesure de faire prononcer à l'égard des tiers la nullité des actes passés par son mari, parce que la complicité n'est pas établie, elle pourra du moins demander à son mari la réparation du préjudice qu'il lui a causé; elle ne le pourrait pas si l'acte du mari était licite et opposable à la femme.

§ III. — Acquisition et attribution des biens pendant l'instance.

La question n'offre d'intérêt que sous le régime de la communauté légale et pour les meubles. La dévolution des immeubles, sous quelque régime que ce soit, ne subit aucune modification par suite de la rupture des biens conjugaux et la dévolution des meubles sous le régime de la communauté réduite aux acquets, sous le régime sans communauté ou sous le régime dotal, est réglée d'une façon immuable que l'association conjugale subsiste ou non. Mais,

sous le régime de la communauté légale, les meubles acquis au cours du mariage tombent dans la communauté si en fait certaines circonstances ne motivent une dérogation au principe. Que vont donc devenir ces meubles échus aux époux au cours de leurs débats judiciaires ? Sans aucun doute, ils devront être considérés comme des propres en vertu du principe de la rétroactivité du jugement de séparation de corps. La communauté est dissoute au jour de la demande en séparation de corps ; elle n'existe plus et devient par suite incapable d'acquérir.

C'est ce qui a été du reste formellement reconnu dans une affaire Bégis, par jugement du tribunal de la Seine du 26 août 1853, confirmé par arrêt de la Cour d'appel du 10 juillet 1854 et par arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1855 (Sirey, 55, I, 401).

La Cour de cassation se base ici pour déclarer l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps sur des motifs dont elle a reconnu depuis le peu de valeur, mais comme la décision qu'elle prend relativement à l'attribution du mobilier est conforme à la thèse que nous soutenons, nous croyons utile de rappeler ici les termes de son arrêt.

Lors de l'inventaire dressé à la suite d'une séparation de corps Bégis, le notaire avait omis de comprendre une créance dont un sieur Mauve avait fait cession au sieur Bégis au cours de l'instance.

Après jugement du tribunal de la Seine qui dé-

clare que c'est à juste titre que cette créance ne figure pas dans l'inventaire et arrêt confirmatif de la Cour d'appel, la Cour de cassation statue en ces termes :

« Sur le troisième moyen. Attendu qu'aux termes de l'article 311 du Code Napoléon, la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. — Attendu que l'article 1445 fait remonter au jour de la demande les effets du jugement qui prononce la séparation de biens, sans distinguer aucunement entre le cas où cette séparation est prononcée seule et celui où elle l'est comme conséquence de la séparation de corps. Attendu qu'en admettant même que, malgré cette disposition générale et absolue, une distinction pût être prononcée dans l'intérêt des tiers, à raison de la publicité exigée pour la demande en séparation de biens par l'article 866 du Code de procédure et qui n'est pas également prescrite pour la demande en séparation de corps, cette distinction ne saurait être admise dans l'espèce actuelle où il ne s'agit que de l'intérêt des époux dont la position respective est fixée par la demande en séparation et par l'intention que suppose nécessairement cette demande de faire cesser immédiatement entre eux toute communauté d'intérêts comme toutes relations personnelles. — Attendu dès lors qu'en faisant remonter à la demande la séparation et en refusant par ce motif de considérer comme faisant partie de la communauté la

créance Mauve constituée au profit de Bégis postérieurement à la demande, l'arrêt attaqué n'a nullement violé les dispositions de loi citées en la requête.

« Rejette... »

Cette solution déjà conforme aux principes que nous avons toujours défendus au cours de ce travail ne peut plus faire actuellement l'objet d'aucune discussion.

§ IV. — Jouissance des biens durant l'instance.

Par cette rubrique nous n'entendons pas les avantages qui résultent de la détention d'une chose ; prise dans ce sens, la jouissance appartient naturellement à celui des époux qui a été constitué gardien judiciaire ; traiter la question à ce point de vue nous conduirait à répéter ce que nous avons déjà dit au sujet de l'administration des biens. Nous ne voulons donc nous occuper ici que de la jouissance prise dans l'acception du mot la plus juridique, dans le sens de perception des revenus.

Il nous faut distinguer les différents régimes matrimoniaux.

a) — *Régime de communauté.*

Nous avons déjà eu l'occasion de le dire, par suite de la rétroactivité du jugement qui prononce la sépa-

ration de corps, la communauté est réputée dissoute dès le jour où l'instance est engagée. Des trois patrimoines distincts à la prospérité desquels concourait l'association conjugale deux seulement subsistent, le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme ; le fonds commun qui constituait le troisième de ces patrimoines s'est confondu pour parties avec le patrimoine de chacun des époux. Quelle règle le notaire liquidateur devra-t-il suivre pour l'attribution des revenus produits par ces divers patrimoines au cours de l'instance ; il lui suffira de fixer la jouissance divisée au jour de la demande en séparation de corps et tous les fruits civils produits depuis cette date appartiendront à chacun des patrimoines. Si au cours de l'instance il a été perçu des fruits naturels ou industriels ils appartiendront pour la totalité au propriétaire du patrimoine qui l'aura produit.

b) — *Régime exclusif de communauté.*

Sous ce régime, les fruits sont censés apportés au mari pour supporter les charges du mariage. Durant la vie commune et en dehors de toute disposition spéciale du contrat de mariage, le mari fait siens tous les fruits produits par les propres de la femme, à charge de subvenir aux besoins de sa femme et de sa famille. Si une instance en séparation de corps

vient à s'ouvrir, le régime matrimonial étant rétroactivement dissous, le mari ne peut plus s'approprier les fruits des biens de la femme, mais comme, d'autre part, il demeure pendant la durée de l'instance chargé d'une partie des mêmes obligations, l'équité veut qu'il conserve une partie des revenus de ces biens ; ce sera au juge à apprécier l'importance des fruits qui lui demeureront acquis.

c) — *Régime de séparation de biens.*

L'instance en séparation de biens ne saurait ici apporter aucune modification dans la jouissance de revenus, puisque chacun des époux perçoit respectivement et séparément les revenus de ses biens, tout au plus pourrait-elle donner lieu à une fixation nouvelle de la part pour laquelle les revenus de la femme doivent contribuer aux charges du mariage ; c'est encore ici pure question de fait que les juges devront trancher en s'inspirant de la situation respective des époux.

d) — *Régime dotal.*

Pour les biens paraphernaux, qui sont, en réalité, soumis au régime de la séparation de biens, notre solution sera la même que la précédente.

Nous pensons, en outre, qu'il y a lieu d'adopter

la même règle pour les fruits des biens dotaux : l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps nous semble devoir agir ici avec toute sa vigueur, et nous estimons que c'est au jour de la demande qu'il faut se placer pour faire entre le mari et la femme la répartition prévue par l'article 1571 du Code civil et que si le mari peut encore prélever après l'introduction de la demande une part des fruits, ce ne peut être que jusqu'à concurrence des charges qui continuent à lui incomber. Au cours de la vie commune, la dot est un forfait moyennant lequel le mari consent à supporter toutes les charges du mariage ; dès que l'instance est engagée, il y a compte à faire, et il ne peut être distrait des revenus attribués à la femme, conformément à l'article 1571, que la somme nécessaire pour indemniser le mari.

Nous disons que c'est au jour de la demande que doit se faire la répartition prévue par l'article 1571, et cependant la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 mars 1848, a adopté une opinion contraire et considère que les intérêts ne sont dus qu'à partir du jour du jugement. Elle argumente en ce sens de l'article 1153, d'après lequel les intérêts ne sont accordés au créancier qu'à raison du retard du débiteur à se libérer de son obligation ; or, dit-elle, toute séparation volontaire est nulle ; le mari n'a pu ni prévenir l'action en séparation, ni y adhérer, et aucun retard ne lui est imputable ; en conséquence, les

intérêts n'ont pu courir contre lui à partir du jour de la demande (1).

Nous ne saurions nous rallier à cette opinion : l'objection tirée de l'article 1153 n'est pas fondée, car il ne s'agit pas ici d'intérêts moratoires, mais bien d'intérêts légaux qui sont dus indépendamment de toute demande et indépendamment même de la possibilité pour le débiteur de se libérer immédiatement (2).

SECTION III

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LES ACTES PASSÉS PAR LES ÉPOUX ENTRE EUX.

Notre ancien droit redoutant sans doute les abus de l'influence maritale peut être aussi les entraîne-ments d'une affection peu mesurée, au début surtout, prohibait d'une manière générale tous les contrats entre époux. Le droit nouveau, moins timoré, ne prohibe que la vente et encore ne la prohibe-t-il pas d'une manière absolue, car il l'autorise par exception dans certains cas ; c'est ce qui résulte de

(1) Sic Cassation, 28 mars 1848. Sirey, 48, I, 354.

(2) Sic Limoges, 17 juin 1895. Sirey, 96, 2, 61. Aubry et Rau, *Œ*, § 340, p. 632 et note.

l'article 1595 du Code civil. « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants : — 1° celui ou l'un des deux époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui en paiement de ses droits ; — 2° celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces deniers ou immeubles ne tombent pas en communauté ; — 3° celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui avait promise en dot et lorsqu'il y a exclusion de communauté — sauf dans ces trois cas les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect. »

Quels sont les motifs de cette disposition ? Ils ressortent de ses termes mêmes : empêcher les époux de se faire à l'aide de ventes simulées ou à vil prix des donations excédant la quotité disponible, donations qui contrairement au vœu de l'article 1096 eussent été irrévocables, et en outre éviter que par des ventes de même nature un des époux ne puisse soustraire ses biens à l'action de ses créanciers.

Quel est le sort d'une vente consentie en dehors des cas prévus par l'article 1595 ? On a proposé plusieurs systèmes qu'il n'entre pas dans notre cadre d'exposer ici et nous nous rallions sans hésiter à celui qui est exposé par M. Baudry-Lacantinerie dans son *Précis de droit civil*, t. III, p. 295 : La

vente entre époux faite en dehors des hypothèses prévues par l'article 1595 est nulle dans tous les cas, nous disons nulle (ou annulable) et non pas inexistante ; car le vice qui s'oppose à la validité de la vente est l'incapacité des parties (arg. art. 1123, 1594 et 1595 ; remarquez surtout le lien qui unit l'art. 1595 à l'art. 1594) et l'incapacité de contracter n'est dans notre droit qu'une cause de nullité. D'où il résulte notamment que l'aliénation est susceptible de confirmation et que l'action en nullité se prescrira par 10 ans (art. 1304) lesquels courront à compter de la dissolution du mariage.

Il appartient donc non seulement aux tiers que pourrait léser cette vente mais encore aux époux eux-mêmes d'en poursuivre la nullité.

Que dire d'une vente analogue qui aurait été consentie au cours de l'instance en séparation de corps. Pourra-t-on soutenir que par suite de la rétroactivité du jugement de séparation de corps la vente passée entre époux depuis la demande sera valable sous condition suspensive ?

La question a été jugée d'une façon négative par jugement du tribunal de Châteauroux du 6 juin 1870, confirmé par arrêt de la Cour de Bourges du 25 janvier 1871 et par arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1873 (1).

(1) Dalloz, 1873, 1, 464.

Bien qu'il s'agisse dans l'espèce tranchée par ces jugement et arrêts d'une vente consentie au cours d'une instance en séparation de biens, nous croyons devoir en reproduire ici les termes, car leur décision repose principalement sur cet argument que la disposition générale de la rétroactivité du jugement est sans influence sur les ventes entre époux ; or on sait que l'application de ce principe est beaucoup plus vaste en matière de séparation de biens puisqu'il est opposable aux tiers qu'en séparation de corps où il n'a d'effet qu'entre époux ; la solution consacrée par cette jurisprudence s'impose donc avec d'autant plus de force en matière de séparation de corps. Nous nous bornerons toutefois à rappeler l'arrêt de la Cour de Bourges dont les motifs ont été adoptés, sinon dans les termes, du moins dans leur esprit par la Cour de cassation.

« La Cour :

« Considérant... en droit que le § 1 de l'article 1595 du Code civil s'applique exclusivement au cas où les époux sont judiciairement séparés ; que ces expressions de la loi ont un sens net et précis ; qu'elles supposent une situation acquise et réglée par une décision judiciaire et non par un état de litispendance ; que contenant une exception au principe général de la prohibition de la vente entre époux elles ne comportent pas d'extension.

« Considérant que si l'article 1445 du Code civil

déclare que le jugement qui prononce la séparation de biens, remonte quant à ses effets au jour de la demande et s'il suit de là que la demande a pour effet de garantir les droits de la femme et d'en déterminer la consistance du jour où elle a été fournie, cette disposition générale est sans application aux ventes entre époux, réglées postérieurement par un texte spécial; qu'une telle extension serait en contradiction avec la règle qui interdit toute exécution anticipée volontaire ou forcée du jugement de séparation de biens, les actes conservatoires étant seuls autorisés (art. 1445 C. c., 869 et 872 C. pr.); que la cession faite par un époux à l'autre en paiement de droits ouverts à son profit par l'effet de sa séparation de biens, constituant essentiellement un acte d'exécution du jugement qui la prononce, ne peut donc que le suivre et non le précéder, et que des paiements sous condition suspensive consentis au cours d'instance répugneraient absolument à l'esprit et au texte des dispositions précitées. Considérant que l'interprétation contraire rendrait à peu près illusoires les garanties de publicité prises dans l'intérêt des tiers; qu'elle faciliterait les collusions entre époux et créerait pendant le procès de séparation une situation privilégiée au profit de la femme, en autorisant aux mains du mari un pouvoir de disposer des valeurs de la communauté en sa faveur plus étendu qu'en faveur des créanciers...

« Confirme... »

Ces arrêts ne se prononcent pas sur l'effet d'une semblable vente entre les parties contractantes elles-mêmes, mais nous pensons que cette vente demeure annulable dans les mêmes conditions et pour les mêmes motifs que durant la vie commune, car nous avons vu que ce qui rendait nulle cette vente, c'était le défaut de capacité de la femme, et nous savons, d'autre part, que l'instance ne relève la femme de son incapacité que dans certains cas spécialement prévus par la loi.

Mais si la vente entre époux n'est pas valable, la même conclusion ne s'impose pas pour les autres actes que pourraient passer entre eux les époux, et nous ne verrions aucuns motifs pour ne pas reconnaître comme valable l'acte par lequel l'un des époux se serait engagé à servir à l'autre une pension alimentaire en rapport avec les ressources de l'un et les besoins de l'autre ; un semblable contrat ne saurait être critiqué même par les créanciers de l'époux débiteur, car la pension alimentaire constitue pour celui qui la reçoit un droit incontestable et peut servir de cause légitime à une cession ; or, il n'y a plus, dans ce cas, à se préoccuper de la question de savoir si la séparation est ou non un fait accompli (arg. art. 1595, § 2).

De même qu'aucune cession ne peut avoir lieu entre époux au cours de l'instance sans cause légi-

time, de même la prescription demeure suspendue pendant le même temps, la prescription n'étant qu'un mode détourné d'acquérir.

Il a, du reste, été décidé que, même après la séparation de corps, la prescription demeurerait suspendue entre les époux (1), la séparation de corps laissant subsister le titre d'époux (arg. art. 2253). Nous n'insisterons donc pas sur ce point, et nous aurons, du reste, à revenir plus loin sur la prescription dont les tiers pourraient avoir à se prévaloir.

(1) Sic Paris, 26 juillet 1862. S. 62, 2, 513. D. 63, 2, 112. Demolombe, t. IV, n° 507. Huc, t. II, p. 474.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE SUR LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LES TIERS.

Dans le chapitre précédent nous avons examiné la situation que crée aux époux l'un vis-à-vis de l'autre l'instance en séparation de corps ; dans ce dernier chapitre, nous voudrions étudier les modifications que cette instance apporte dans les rapports des époux avec les tiers.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit sur la rétroactivité du jugement de séparation de corps à l'égard des tiers ; nous avons vu, et c'est à cette solution que nous nous sommes arrêté, que la rétroactivité du jugement ne se produisait pas vis-à-vis des tiers. Nous nous bornerons aussi à renvoyer à ce que nous disons relativement à la vente entre époux et aux effets qu'elle produit à l'égard des tiers dans le chapitre précédent (troisième section).

Les explications que nous avons donné précédemment nous dispenserons également d'insister longuement sur l'application de l'article 243. Nous passerons donc rapidement en revue les actes passés par

chacun des époux avec les tiers, puis nous consacrerons un paragraphe spécial aux avantages que la loi a accordé à la femme mariée : suspension dans certain cas de la prescription ; dispense d'inscription de l'hypothèque légale.

§ 1^{er}. — Des actes passés par le mari.

Lorsque nous avons étudié la situation des biens au cours de l'instance en séparation de corps dans les rapports des époux entre eux, nous avons constaté que le mari perdait une grande partie de ses pouvoirs ; que si en fait il conservait jusqu'à la nomination du gardien judiciaire prévue par l'article 243 les droits d'administrateur, cette nomination le dessaisissait complètement de ces droits et lui enlevait l'administration tant des biens de sa femme que des biens de communauté ; nous avons en outre constaté que si, nonobstant la nomination d'un gardien judiciaire, le mari consentait des baux soit des biens de sa femme soit des biens de communauté, ces baux devaient être considérés comme nuls, que si, malgré l'instance en séparation de corps, le mari aliénait des meubles ou des immeubles, ces aliénations ne devaient pas être prises comme valables. Mais nous avons pris le soin d'indiquer avec insistance que si les principes du droit imposaient ces décisions dans

les rapports des époux entre eux, il n'en était plus de même dans les rapports du mari avec les tiers.

C'est qu'en effet ceux-ci ignorent la plupart du temps ou sont toujours censés ignorer l'instance en séparation de corps pendante entre les époux ; aucune publicité ne vient leur révéler ce procès ; rien ne peut leur signaler les changements qui se sont produits dans la capacité, dans les pouvoirs du mari ; il fallait donc tenir compte de leur bonne foi et c'est ce qu'a fait l'article 243 en déclarant que tous les actes passés par le mari, fussent-ils en fraude des droits de la femme, conserveraient toute leur force à moins que la femme ne puisse établir la mauvaise foi des tiers.

Et c'est ainsi que ce même article a pu, avec juste raison, être considéré, au moins à un point de vue général, comme une application anticipée de l'article 1167, comme un cas spécial de l'action paulienne.

D'où il suit que la femme, pour faire révoquer, par exemple, l'aliénation d'un conquêt faite par le mari depuis la demande en séparation de corps devra établir : 1° le préjudice qu'elle éprouve ; 2° la fraude du mari, c'est-à-dire la conscience de dommage qu'il cause à sa femme ; 3° la complicité du tiers.

Nous disons que la femme devra établir le préjudice qu'elle subit, car il n'y a pas d'action sans intérêt. Si donc le mari avait consenti la vente moyen-

nant un juste prix retrouvé dans l'actif à liquider, la femme ne pourrait se plaindre vis-à-vis de l'acquéreur et demander réparation. Quant à la fraude du mari et à la complicité du tiers, elles résulteront suffisamment de ce fait que l'un et l'autre auront eu connaissance de la demande en séparation de corps ; le mari sait, dès ce jour, qu'il ne peut plus disposer de l'actif de la communauté, et le tiers sait que, traitant avec celui qui n'est pas le véritable ou, du moins, le seul propriétaire de l'immeuble, il s'expose à la revendication du co-propriétaire.

M. Massol soutient la même thèse en s'appuyant sur un passage du Digeste (L. 11, § 3, Dig. *Quæ in fraudem creditorum*), aux termes duquel n'est pas exempt de fraude celui qui, sans avoir pactisé avec l'aliénateur, achète, alors qu'il a été prévenu par le créancier de ne pas traiter. En formant la demande en séparation de corps, la femme, dit M. Massol, n'est-elle pas censée vouloir s'opposer à ce que le mari fasse des aliénations ? (1).

§ II. — Des actes passés par la femme.

L'article 1420 a pour objet de fixer les effets des obligations contractées par la femme en tant que

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 288.

mandataire du mari : ces effets sont déterminés conformément aux principes généraux du mandat. Le mari ayant été représenté par la femme, contre lui seul peut être poursuivie l'exécution des obligations contractées en son nom. Ceci résulte nettement de l'article 1420, d'après lequel les dettes de cette sorte sont à la charge de la communauté, le créancier n'ayant en aucun cas le droit d'en poursuivre le paiement ni contre la femme ni sur ses biens personnels. Sous ce point de vue la disposition de l'article 1420 n'est qu'une application particulière aux rapports des époux communs en biens des articles 1984 et 1998.

La femme est mandataire du mari pour les fournitures faites dans l'intérêt du ménage commun pour l'entretien de la famille, lorsqu'il n'y a ni excès ni abus, et si d'ailleurs la femme a toujours passé pour être chargée de l'administration domestique (1) ; c'est là un mandat tacite qui entraîne pour le mari les obligations d'un mandant et il ne peut se soustraire à l'exécution de ces obligations qu'en établissant que la femme a dépassé les limites de son mandat. Le mandat est une présomption qui ne saurait être détruite que par des faits établissant d'une façon non équivoque que le mari entendait retirer tout pouvoir à sa femme ; c'est ainsi qu'il a été jugé que le mari

(1) Tr. Seine, 12 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 84. — Cass., 16 juillet 1890. *Pand. franç. per.* 90, 1, 85. — Trib. Seine, 11 mai 1892, la loi du 18 juillet 1892.

ne pouvait se faire décharger des obligations contractées par la femme pour les besoins du ménage, son entretien personnel et celui de ses enfants, ni en justifiant qu'il lui a toujours remis les secours nécessaires pour subvenir à ces dépenses, ni en prouvant qu'il était absent au moment où les fournitures ont eu lieu (1).

Ce mandat, on le voit, est une conséquence de la vie commune. Il est donc intéressant, lorsque celle-ci vient à cesser, de rechercher quel sera le sort des obligations contractées par la femme pour son entretien personnel. Nous devrions ici faire une application pure et simple de la règle : *cessante causa cessant effectus* et décider que l'interruption de la vie commune, alors surtout qu'elle est confirmée par une demande de séparation de corps, enlève à la présomption de mandat qui résulte de l'accord commun, toute sa vigueur. Mais il faut reconnaître qu'un système aussi absolu risquerait de porter un grave préjudice aux tiers de bonne foi. Aussi trouvons-nous de nombreuses décisions judiciaires qui se sont surtout inspirées du fait pour trancher la difficulté.

Voici en effet dans quels termes statuait un arrêt de la Cour de Besançon, en date du 25 juillet 1866.

« La Cour :

« Considérant qu'aux termes des articles 1409 § 2 et

(1) Sic Paris, 1^{er} mai 1823, S. 24, 2, 96. Aubry et Rau, t. V, § 309, texte et note 54, p. 344. Guillouard, t. 2, n° 871.

1426 du Code civil la femme ne peut obliger la communauté qu'avec l'autorisation de son mari ; qu'il est vrai que cette autorisation peut être tacite pour les acquisitions destinées au ménage commun ; que pour ces acquisitions la femme peut être réputée mandataire de son mari ; mais que ce mandat ne peut être supposé lorsqu'elle a une habitation séparée ; qu'il incombe aux tiers de connaître la condition des personnes auxquelles il font des fournitures à crédit ; qu'ils ne sauraient avoir contre le mari d'autres actions que celles de la femme et par exercice des droits de cette dernière ; que dans la cause l'appelant a pourvu suffisamment à ses besoins. Qu'en fait l'intimé ne pouvait ignorer la situation de la femme Nisus ; qu'en tous cas il aurait pu s'imputer de n'avoir pas pris des renseignements à cet égard, et d'avoir continué ses fournitures pendant sept mois sans être payé (1). »

Ce que nous disons plus haut s'entend surtout de l'action directe du tiers contre le mari, car, comme le laisse entendre l'arrêt que nous citons, les fournisseurs seraient toujours en droit d'exercer l'action de l'article 1466 au nom de leur débitrice, si celle-ci ne recevait pas une pension suffisante pour subvenir à ses besoins.

Observons que cette seconde action ne pourrait, en tous cas, pas être exercée si la femme avait quitté

(1) Besançon, 25 juillet, 66. S. 67, 2, 48.

le domicile conjugal contre le gré du mari ou si elle avait abandonné le domicile qui lui est assigné par l'ordonnance du président, puisqu'aux termes de l'article 241 du Code civil, le mari peut, dans ce cas, refuser la provision alimentaire.

Une autre jurisprudence a cependant décidé qu'au cours de la séparation de fait et malgré le versement d'une pension suffisante, le mari peut être tenu de rembourser aux tiers les fournitures modérées qu'ils auraient pu faire à la femme (1).

Aussi pensons-nous qu'il serait toujours d'une excellente mesure de prudence de la part du mari, au début d'une instance en séparation de corps et lorsqu'il peut avoir à redouter des dépenses exagérées de la part de sa femme, de manifester, d'une façon non équivoque, qu'il entend retirer à sa femme tout mandat. S'il ne lui est pas possible de recourir à des notifications individuelles, il pourra user de la publicité de la presse, et si cette publicité n'a pas elle-même d'effet péremptoire les tiers demeurant toujours en droit d'invoquer la disposition de l'article 2005, aux termes duquel la révocation de mandat est inopposable à ceux qui n'en ont pas reçu notification, elle aura du moins pour avantage de restreindre le nombre des fournisseurs qui pourraient traiter avec la femme ou en tous cas de fournir aux

(1) Sic Tr. Seine, 2 juillet 1887. *Mon. jud.*, Lyon, 25 octobre 1887.

tribunaux un élément de plus pour apprécier la bonne foi de ceux qui auraient pu traiter avec la femme.

Mais en dehors des obligations qui ont pu être contractées valablement par la femme, comme rentrant dans l'exercice de son mandat tacite, toutes les autres obligations prises par elle n'engagent que la nue-propriété des biens personnels à la femme et ne peuvent être mises à la charge du mari ; c'est ainsi que les frais exposés par la femme dans une instance en séparation de corps où elle a succombé, ne peuvent être recouvrés sur les biens du mari ou sur les biens communs tant que la liquidation n'a pas attribué ceux-ci à l'un ou à l'autre des époux (1).

§ III. — Des différents avantages établis en faveur
de la femme mariée.

La loi prenant en considération l'état de dépendance dans laquelle se trouve la femme au cours du mariage, a établi en sa faveur certains avantages qui la mettent en dehors du droit commun. Dans certains cas la prescription est suspendue à son profit et l'hypothèque légale destinée à lui assurer le recouvrement de ses biens personnels au moment de la

(1) Sic Cour de Douai, 4 juillet 1851. *Jur. de la Cour de Douai*, 1854, p. 350.

dissolution de la communauté est dispensée d'inscription pendant un certain temps.

Il est intéressant de rechercher si l'instance en séparation de corps peut avoir une influence quelconque sur le sort de ces privilèges.

Nous examinerons sous cette rubrique les trois points suivants :

- a) De la prescription.
- b) De l'exercice des actions en nullité.
- c) De l'inscription de l'hypothèque légale.

a) — *De la prescription.*

La prescription à laquelle sont soumis pendant le cours du mariage les immeubles de communauté est suspendue dans le cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté (art. 2256, al. 1 et 2).

Tant que dure la communauté, la prescription est suspendue. Elle commence donc à courir dès que la communauté est dissoute quelle que soit, d'ailleurs, la cause de la dissolution, mort de l'un des époux, divorce, séparation de corps ou de biens (article 1441). La loi dit, il est vrai que la prescription est suspendue pendant le mariage et le mariage dure encore après la séparation de corps ou de biens. Mais il est manifeste que le rédacteur de l'article ne s'est

occupé que du cas qui se présente le plus ordinairement, celui où la communauté se dissout par la mort de l'un des époux, et c'est en vue de cette hypothèse qu'il a déclaré la prescription suspendue pendant le mariage. Il sous-entendait certainement que la suspension cesserait avant la dissolution du mariage, au cas de séparation de corps ou de biens ; car, le droit d'option entre l'acceptation et la répudiation de la communauté étant alors ouvert pour la femme, la suspension n'aurait plus aucune raison d'être (1).

Ceci admis, quel est le point de départ de la prescription au cas où la séparation de corps a pour effet de la rendre possible. Sans hésitation nous répondons : la date à laquelle le jugement de séparation de corps est devenu définitif ; il est bien vrai, suivant le système que nous adoptons, que la communauté par suite de la rétroactivité du jugement est réputée dissoute au jour de la demande en séparation de corps, et qu'une option anticipée est possible, mais, comme nous l'avons reconnu, cette rétroactivité ne se produit qu'entre les époux ; or, admettre que le point de départ de la prescription est fixée au jour de la demande, serait reconnaître que les tiers ont le droit d'invoquer cette rétroactivité quand elle leur est favorable et de s'en défendre lorsqu'elle peut leur nuire. Une seule solution est

(1) Sic Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, tome III, p. 947.

admissible, c'est celle que nous avons précédemment adoptée. Pas de rétroactivité à l'égard des tiers et par conséquent pas de prescription avant le jugement définitif.

En ce qui concerne les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage, la règle est formelle, la prescription en est suspendue durant le mariage à moins qu'elle n'ait commencé auparavant; à quelque époque qu'elle ait commencé, elle reprend son cours après la séparation de biens (art. 1561) et, par conséquent, après la séparation de corps.

Dans ce dernier cas quel sera le point de départ de cette prescription. Pour la même raison que nous donnons pour les immeubles de communauté, nous estimons que cette prescription ne commencera à courir que lorsque le jugement sera devenu définitif.

b) — *De l'exercice des actions en nullité.*

Ce que nous venons de dire sur la prescription à l'égard des tiers doit s'appliquer également au délai fixé pour l'exercice de l'action en nullité prévue par les articles 225 et 1125. Aux termes de l'article 1304, « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescission d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière; cette action dure dix ans. — Ce temps ne court... pour les actes passés

par la femme mariée non autorisée, que du jour de la dissolution du mariage ».

La prescription date donc du jour seulement où celui auquel appartient l'action a eu toute liberté pour l'intenter, c'est-à-dire, en cas d'incapacité, du jour où l'incapable est devenu capable. Cette disposition s'explique par l'idée de confirmation tacite qui sert de base à la prescription décennale. Pour que l'inaction de la partie dans l'intérêt de laquelle l'acte est annulable ou rescindable fasse présumer de sa part l'intention de l'approuver, il faut, de toute justice, qu'elle ait eu la liberté d'agir.

Or, ce n'est qu'après que le jugement de séparation de corps est devenu définitif que la femme reprend sa capacité pleine et entière; ce n'est donc qu'à partir de cette époque que l'action en nullité appartenant à la femme commencera à se prescrire.

Certains auteurs ont même soutenu que l'action en nullité ne se prescrivait pas lorsque la dissolution du mariage n'avait pas eu lieu, ce qui est le cas en matière de séparation de corps (1). Ce système, qui se base sur l'interprétation littérale de l'article pouvait, en effet, prévaloir alors que la séparation de corps ne rendait pas à la femme une pleine capacité civile, mais aujourd'hui, il ne nous

(1) Sic Huc, t. V, p. 580.

paraît plus pouvoir être admis : le motif de la suspension de la prescription consiste dans l'incapacité de celui qui est appelé à exercer l'action en nullité ; cette incapacité disparaissant, l'exception disparaît ; « *cessante causa cessant effectus* » ; à l'époque où fut rédigé l'article 1304, le législateur pouvait, il est vrai, ne pas avoir en vue la séparation de corps, mais depuis la loi de 1893, qui a modifié les effets de la séparation de corps, il importe de ne plus se baser sur la lettre de l'article 1304, mais d'en rechercher l'esprit. Aussi est-ce sans hésiter que nous combattons le système défendu par M. Huc dans son *Précis de droit civil*, t. V, p. 580.

Quoiqu'il en soit et pour les motifs que nous rappelons en matière de prescription, les tiers ne sauraient soutenir que la prescription de l'article 1304 commence à courir à l'égard des femmes mariées du jour de la demande en séparation de corps.

c) — *De l'inscription de l'hypothèque légale.*

Nous ferons encore l'application des mêmes principes à l'obligation pour la femme mariée d'inscrire son hypothèque légale dans le délai d'une année, à compter de la dissolution du mariage.

C'est à regret que le législateur s'était décidé à admettre, en faveur de l'hypothèque légale, des mi-

neurs, des interdits et des femmes mariées, une exception au grand principe de la publicité des hypothèques, exception qui a été considérée comme indispensable pour que les incapables fussent protégés. Aussi avait-il pris les mesures nécessaires pour assurer, autant que possible, l'inscription des hypothèques légales sans cependant subordonner leur efficacité à l'accomplissement de cette formalité. Dans ce but le législateur avait obligé certaines personnes à requérir cette inscription, les maris (art. 2136), le subrogé tuteur (art. 2137), et le procureur de la République (art. 2138). Lorsque le remaniement du système hypothécaire eut lieu, on se demanda si cette dispense, en faveur des incapables, pouvait se justifier indéfiniment alors que les raisons qui avaient motivé cette dispense avaient disparu ; c'est dans cet esprit que fut écrit l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 : « Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, les héritiers ou ayant-cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. »

En rapprochant cette disposition de l'article 2135 du Code civil qui formulait la dispense d'inscription dans les termes les plus absolus, on voit que l'innovation de la loi de 1855 sur ce point a consisté à faire

cesser cette dispense d'inscription avec sa cause. L'incapacité cessant, la dispense cesse.

Quelle conséquence tirer de ces considérations au point de vue du délai imparti à la femme séparée de corps pour prendre inscription d'hypothèque légale, ou, plus exactement, la femme séparée de corps est-elle tenue d'observer ce délai d'un an pour conserver tout le bénéfice de son hypothèque légale.

Avant la loi de 1893 sur la séparation de corps qui, comme on le sait, a rendu à la femme, séparée de corps, sa pleine capacité civile, les auteurs, faisant application de la règle qui précède à la femme séparée de corps, décidaient que la dispense d'inscription ne cessait pas pour l'hypothèque légale de la femme séparée de corps, car la séparation de corps ne mettait pas alors fin à l'incapacité de la femme, au moins ne la faisait cesser que pour partie (1).

Depuis la loi de 1893, la femme séparée de corps reprenant toute sa capacité, il y a lieu d'adopter une solution inverse : (2) la femme est tenue de faire inscrire son hypothèque légale dans l'année qui suit l'époque où le jugement est devenu définitif. Nous disons que ce délai ne court que du jour où le jugement est devenu définitif et non de la demande, car

(1) Sic Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. III, p. 779. Huc, *op. cit.* t. II, p. 474.

(2) Contra Coulon, *op. cit.*, t. V, fascicule 2, p. 40.

l'inscription étant une mesure de protection de la femme contre les droits que les tiers pourraient acquérir sur les biens du mari, il s'en suit que l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps ne saurait recevoir non plus ici son application.

Vu

Le Président de la thèse,

A. BOISTEL.

Vu

Le Doyen,

GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	4
HISTORIQUE ET LÉGISLATION.....	5
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — De la rétroactivité du jugement de séparation de corps.	9
§ Ier. — De la rétroactivité.....	9
§ II. — Du jour de la demande.....	31
DIVISION.	43

PREMIÈRE PARTIE

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE EN SÉPARATION DE CORPS SUR LES RAPPORTS PERSONNELS DES ÉPOUX, SOIT ENTRE EUX, SOIT AVEC LEURS ENFANTS

CHAPITRE Ier. — De l'influence de l'instance sur les droits et les obligations récipro- ques des époux.....	46
§ Ier. — Devoir de cohabitation.....	46
§ II. — Devoir de fidélité	49
§ III. — Devoir d'assistance mutuelle.....	53
§ IV. — Devoir de secours mutuel ou de la pension alimentaire.....	55

CHAPITRE II. — De l'influence de l'instance sur les rapports des époux avec leurs enfants.....	72
§ I ^{er} . — De la jouissance légale.....	72
§ II. — De la survenance d'enfants au cours de l'instance	76
§ III. — De la garde des enfants.....	78

DEUXIÈME PARTIE

DE L'INFLUENCE DE L'INSTANCE EN SÉPARATION DE CORPS SUR LES RAPPORTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX, SOIT ENTRE EUX, SOIT AVEC LES TIERS.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — De l'influence de l'instance sur la capacité de la femme.	86
CHAPITRE I ^{er} . — De l'influence de l'instance sur les rapports pécuniaires des époux entre eux.....	100
SECTION I ^{re} . — <i>De l'influence de l'instance sur le régime matrimonial.....</i>	101
SECTION II. — <i>De l'influence de l'instance sur les biens.....</i>	108
§ I ^{er} . — Administration	109
a) — Régime de communauté.....	120
b) — Régime sans communauté	123
c) — Régime de séparation de biens	124
d) — Régime dotal.. ..	124
§ II. — Aliénation.....	125
a) — Meubles.....	125
b) — Immeubles	132
§ III. — Acquisition et attribution.....	138

TABLE DES MATIÈRES	171
§ IV. — Jouissance	141
a) — Régime de communauté	141
b) — Régime exclusif de communauté.....	142
c) — Régime de séparation de biens	143
d) — Régime dotal.....	143
SECTION III. — <i>De l'influence de l'instance sur les actes passés par les époux entre eux.....</i>	145
CHAPITRE II. — De l'influence de l'instance sur les rapports des époux avec les tiers.	152
§ I ^{er} . — Des actes passés par le mari.....	153
§ II. — Des actes passés par la femme.....	155
§ III. — Des avantages établis en faveur de la femme mariée	160
a) — De la prescription.....	161
b) — De l'exercice des actions en nullité.....	163
c) — De l'inscription de l'hypothèque légale....	165

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS.

EMMANUEL RIVIÈRE, Ingénieur des Arts et Manufactures. X 5017.
